EZYHLARZ

LEHRBUCH DER INSTITUTIONEN DES RÖMISCHEN RECHTES

LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF ILLINOIS
AT URBANA-CHAMPAIGN

349.37
C999l
1919

LEHRBUCH

DER

INSTITUTIONEN

DES

RÖMISCHEN RECHTES.

VON

KARL RITTER VON CZYHLARZ.

SECHZEHNTE, UNVERÄNDERTE AUFLAGE.

WIEN.
F. TEMPSKY.

LEIPZIG.
G. FREYTAG, G.m.b.H.

1919.

Alle Rechte, einschließlich des Übersetzungsrechtes, vorbehalten.

Buchdruckerei G. Freytag, Gesellschaft m. b. H., Wien (1848.)

349.37
C992e
1917

JOSEPH UNGER

IN VEREHRUNG ZUGEEIGNET.

Vorwort zur ersten Auflage.

Das vorliegende Lehrbuch der Institutionen unterscheidet sich von ähnlichen Arbeiten dieser Art schon äußerlich dadurch, daß es vom Abdruck ausgewählter Quellenstellen ganz absieht. Es will nur eine kurze Darstellung des Rechtsstoffes und nicht auch eine Chrestomathie von Belegstellen sein. Die Anordnung des Stoffes schließt sich im großen und ganzen der seinerzeit in meinem Grundriß beobachteten an und weicht von ihr lediglich darin ab, daß das Familienrecht, wie herkömmlich, vom Personenrecht ausgeschieden und ins fünfte Buch verlegt worden ist. Die der allgemeinen Rechtslehre angehörigen Partien konnten bei einem Einleitungsbuche nicht übergangen werden, wurden aber auf das Notwendigste beschränkt. Auch bei der Geschichte der Rechtsquellen mußte der Gesichtspunkt festgehalten werden, daß sie hier nur als Basis des darzustellenden Rechtsstoffes in Betracht kommt. Krüger's „Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechtes" konnte hiebei leider nicht mehr benützt werden. Der römische Zivilprozeß liegt außerhalb des Rahmens der Institutionen, deshalb wurde von einer systematischen, wenn auch kurzen Darstellung desselben abgesehen. Dies schließt nicht aus, daß dort, wo dies der Anschaulichkeit wegen als wünschenswert erschien, die Klageformeln angegeben und am Ende des Buches das zusammengestellt wurde, was mir geeignet scheint, wenigstens ein ungefähres Bild der Rechtsverfolgung zu geben, das auch schon der Anfänger nicht entbehren kann. Dies an das Ende des Ganzen zu verlegen, halte ich trotz der Bedenken, die von hochachtbaren Schriftstellern in Wort und Tat dagegen erhoben werden, auch jetzt noch für didaktisch richtig. Nach meinen Erfahrungen in einer langjährigen Lehrtätigkeit sind Prozeßformen für den Anfänger ganz unverständlich, wenn er nicht schon im großen und ganzen die Ansprüche kennt, zu deren Durchsetzung diese Formen bestimmt sind.

Bei der Darstellung selbst ging mein Streben dahin, den Rechtsstoff dem Anfänger in möglichst anschaulicher Weise darzulegen. Trockene Definitionen, ermüdende Aufzählungen, suchte ich nach Tunlichkeit zu vermeiden; soweit Kraft und Raum es zuließen, war ich bestrebt, die geschichtliche Bildung, den inneren Zusammenhang und die praktische Tragweite der Rechtssätze zu schildern. Das Buch soll den Anfänger nicht abschrecken, sondern Liebe und Lust zur Jurisprudenz in ihm wecken. Ob mir dies wenigstens in bescheidenem Maße gelungen ist, muß dem Urteil des Lesers überlassen werden.

Prag, im Oktober 1888.

Vorwort zur siebenten und achten Auflage.

Seit der letzten (Doppel-)Auflage (1902) ist eine kurze Zeit verstrichen. Da gleichwohl eine neue Auflage notwendig ist, so hat dies wieder die Ausgabe einer Doppelauflage als wünschenswert erscheinen lassen. Auch sie ist kein bloßer Abdruck der vorhergehenden Auflage, sondern enthält manche Besserungen und Zusätze, durch welche die Brauchbarkeit des Buches erhöht wird. Die in der Zwischenzeit erschienene einschlägige juristische Literatur wurde stets berücksichtigt. Soweit ihre Ergebnisse mir als richtig erschienen, wurden entsprechende Änderungen vorgenommen. Möge das Buch auch in Zukunft seinen Zweck erfüllen, den Anfänger in das Studium des römischen Rechtes einzuführen und dadurch seine gründliche juristische Ausbildung anzubahnen*).

Wien, im Oktober 1904.

Der Verfasser.

Vorwort zur elften und zwölften Auflage.

Die neue Doppelauflage hält den bisherigen Charakter des Buches fest. Die Ergebnisse der neuesten romanistischen Literatur haben Berücksichtigung gefunden, soweit dies in einem für Anfänger bestimmten Buche möglich war.

Wien, im März 1911.

Der Verfasser.

Vorwort zur dreizehnten und vierzehnten Auflage.

In dieser neuen Doppelauflage habe ich wichtigere Änderungen vorzunehmen nicht notwendig befunden. Ein und der andere Literaturhinweis wurde beigefügt.

Wien, im März 1914.

Der Verfasser

*) Die von Victor v. Juschkiewitsch, Prof. in Tomsk († Oktober 1908 in St. Petersburg) veranstaltete russische Übersetzung ist in Moskau 1901 erschienen. Die ungarische Übersetzung von Hofrat Gustav von Szászy Schwarz im Jahre 1914 in Budapest bei Karl Grill.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

	Seite
§ 1. Bedeutung des römischen Rechtes für das heutige Recht	1—3
§ 2. Aufgabe der Institutionen	3—4
§ 3. Das Recht	4—7
§ 4. Entstehung des Rechtes	7—8
§ 5. Erkenntnis des Rechtes	9—10

Das römische Privatrecht.

Erster Teil.

Die Quellen des römischen Rechtes.

§ 6. Übersicht	11
§ 7. *Lex* und *plebiscitum*	11—13
§ 8. Die *edicta magistratuum*	13—15
§ 9. Die Senatuskonsulte	15—16
§ 10. Die kaiserlichen Konstitutionen	16—19
§ 11. Die röm. Rechtswissenschaft	19—22
§ 12. Das röm. Gewohnheitsrecht	22
§ 13. Rechtssammlungen bis auf Justinian	22—24
§ 14. Die Justinianische Gesetzgebung	24—29
§ 15. Erkenntnisquellen des röm. Rechtes	29

Zweiter Teil.

System des römischen Privatrechtes.

§ 16. *Ius civile* und *ius gentium*	30—32
§ 17. *Ius civile* und *ius honorarium*. *Ius naturale*	32—33

Erstes Buch. Juristische Tatsachen und Rechtswirkungen.

§ 18. Juristische Tatsachen	33—34
§ 19. Die Rechtsgeschäfte. Begriff und Einteilung	34—35
§ 20. Allgemeine Erfordernisse der Rechtsgeschäfte	35—38
§ 21. Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften	38—40
§ 22. Die Stellvertretung	40—41
§ 23. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte	41—42
§ 24. Die Zeit	42—44
§ 25. Die Rechtswirkung	44—46

Zweites Buch. Personenrecht.

§ 26. Begriff der Person. Die Persönlichkeit des Menschen	46—47
§ 27. Der *Status libertatis*. Freie und Unfreie	47—49
§ 28. *Status libertatis*. Freigeborne und Freigelassene	49—54
§ 29. Der *status civitatis*. Bürger und Nichtbürger	54—56
§ 30. Der *Status familiae*. Die natürliche Familie. Verwandtschaft und Schwägerschaft	56—59
§ 31. Der *status familiae*. Die Familie des *ius civile*. Die Agnation	59—62
§ 32. *Status familiae*. *Personae sui* und *alieni iuris*	62—63
§ 33. Die *capitis deminutio*	63—65
§ 34. Die *quaestio status*	65—66
§ 35. Ehrenminderung	66—68
§ 36. Die Handlungsfähigkeit	68—70
§ 37. Die juristischen Personen	71—73

Drittes Buch. Sachenrecht.

§ 38. Begriff der Sache	74
§ 39. Einteilungen der Sachen	74—79
§ 40. Die Sachenrechte	79
I. Das Eigentum	79
§ 41. Wesen des Eigentums	79—81
§ 42. Besitz und Besitzesschutz	81—88
§ 43. Miteigentum und Mitbesitz	88—89
§ 44. Geschichte des Eigentums im römischen Recht	89—92
§ 45. Die Eigentumserwerbsarten	92—93
§ 46. Die Okkupation	93—94
§ 47. Verbindung und Vermischung	95—98
§ 48. Schatzerwerb	98
§ 49. Der Fruchterwerb	98—99
§ 50. Die Spezifikation	99—100
§ 51. Eigentumsübertragung: die *mancipatio*	100—102
§ 52. Eigentumsübertragung: die *in iure cessio*	102—103

Seite

§ 53. Eigentumsübertragung: die Tradition . . . . . 103—105
§ 54. Eigentumsübertragung: die Adjudikation . . . . . 105—106
§ 55. Eigentumsübertragung: das Vermächtnis 106
§ 56. Die Ersitzung . . . . . 107—112
§ 57. Die Eigentumsklagen . . 112—114
§ 58. Die *Publiciana in rem actio* 114—116
§ 59. Weitere Rechtsmittel des Eigentümers . . . . . 116—117
II. Die Servituten . . 118
§ 60. Begriff und Arten . . . 118—120
§ 61. Die Prädialservituten *(servitutes praediorum)* . . . 120—121
§ 62. Die Personalservituten *(servitutes personarum)* . . . 121—123
§ 63. Entstehung der Servituten 123—125
§ 64. Erlöschung der Servituten 125—126
§ 65. Servitutenklage 127
§ 66. Quasibesitz der Servituten 127—128
§ 67. III. Die Superfizies . 128—129
§ 68. IV. Die Emphyteusis 129—131
V. Das Pfandrecht . 131
§ 69. Begriff und Geschichte . 131—136
§ 70. Entstehung des Pfandrechtes . . . . . 136—138
§ 71. Inhalt des Pfandrechtes . 138—140
§ 72. Mehrheit der Pfandrechte 140
§ 73. Erlöschung des Pfandrechtes . . . . . 140—141

Viertes Buch. Obligationenrecht.

§ 74. Wesen der Obligation . . 141—143
§ 75. Gegenstand der Obligation 143—144
§ 76. Rechtsschutz der Obligationen . . . . . 144—146
§ 77. *Culpa* und *mora* . . . . 146—150
§ 78. Solidarität und Korrealität 150—152
Entstehung der Obligationen 152
§ 79. Übersicht der Entstehungsgründe . . . . . 152—153

A. Die Kontrakte und Quasikontrakte. 153

§ 80. Wesen und Gliederung der Kontrakte . . . . . 153—155
§ 81. Das *nexum* . . . . . 155—156
§ 82. Der Verbalkontrakt. Die Stipulation . . . . . 156—160
§ 83. Besondere Stipulationsarten 160—164

Seite

§ 84. Der Litteralkontrakt . . 164—168
§ 85. Die Realkontrakte . . . 168—172
§ 86. Die Konsensualkontrakte 172—173
§ 87. Der Kauf . . . . . 173—177
§ 88. Die Miete . . . . . 177—179
§ 89. Die *societas* (Gesellschaftsvertrag) . . . . . 179—182
§ 90. Das Mandat . . . . . 182—184
§ 91. Die Quasikontrakte . . . 184—186
§ 92. Die *pacta* . . . . . 186—191

B. Delikte und Quasidelikte. 192

§ 93. Die Delikte . . . . . 192—193
§ 94. Das *furtum* . . . . . 193—195
§ 95. Die *rapina* . . . . . 195—196
§ 96. Das *damnum iniuria datum* 196—199
§ 97. Die *iniuria* . . . . . 199—201
§ 98. Die *actio doli* 201
§ 99. Die Quasidelikte . . . . 201—203
Gesetzliche akzessorische Haftungen . . 203
§ 100. Die *actiones adiecticiae qualitatis* . . . . . 203—208
§ 101. Die Noxalklagen . . . . 208—210
Übertragung und Aufhebung der Forderungsrechte . . . 210
§ 102. Die Übertragung der Forderungsrechte . . . . . 210—214
§ 103. Aufhebung der Forderungsrechte . . . . . 214—223

Fünftes Buch. Familienrecht.

§ 104. Übersicht . . . . . 223—224
§ 105. Begriff und Geschichte der römischen Ehe . . . . . 224—226
§ 106. Ehefähigkeit und Ehehindernisse . . . . . 226—228
§ 107. Die Manusehe . . . . . 228—231
§ 108. Ehe ohne Manus . . . . 231—234
§ 109. Eheliches Güterrecht. Allgemeines . . . . . 234—236
§ 110. Die *dos* . . . . . 237—241
§ 111. Die *donatio propter nuptias* . . . . . 241—243
§ 112. Die Ehelosigkeit . . . . 243—244
§ 113. Der Konkubinat . . . . 244—245
§ 114. Die *patria potestas:* Wesen und Inhalt . . . 245—249
§ 115. Entstehung der *patria potestas* . . . . . 249—254

Seite

§ 116. Die Aufhebung der *patria potestas* . . . . . 254—256
§ 117. Anhang. Das *mancipium* 256—258
§ 118. Die Vormundschaft. Begriff und Arten . . . . 258—259
§ 119. *Tutela impuberum.* Fähigkeit und Berufung 260—261
§ 120. Führung der *tutela impuberum* . . . . . 261—263
§ 121. Endigung der *tutela impuberum* . . . . . 263—264
§ 122. Die *tutela mulierum* . . 264—266
§ 123. Die *cura* . . . . . 266—267

Sechstes Buch. Erbrecht.

I. Allgemeines . . . 267
§ 124. Die *hereditas* . . . . . 267—272
§ 125. *Domestici* und *extranei heredes. Usucapio pro herede* . . . . . 272—276
§ 126. Die *hereditas iacens* . . 276—277
§ 127. Die *bonorum possessio* . 278—284
II. Die testamentarische Erbfolge . . 284
§ 128. Begriff des Testaments . 284—285
§ 129. Die Testierfähigkeit . . 285—286
§ 130. Die Testamentsformen . 286—291
§ 131. Inhalt des Testaments . 292—294
§ 132. Aufhebung d. Testaments 294—295
§ 133. Das *testamentum militis* 295—296
III. Die Intestaterbfolge 296
§ 134. Die Intestaterbfolge der XII Tafeln . . . . . 296—298
§ 135. Die Intestaterbfolge d. prätorischen Ediktes (*bonorum possessio intestati*) 298—301
§ 136. Die Intestaterbfolge des Justinianischen Rechtes 301—306
§ 137. Intestaterbfolge nach einem Freigelassenen . . 306—309
IV. Das Noterbrecht 309
§ 138. Das formelle Noterbrecht 309—314
§ 139. Das materielle Noterbrecht oder das Pflichtteilsrecht . . . . . 314—317
§ 140. Das Noterbrecht nach der Nov. 115 . . . . . 317—318
§ 141. Das Noterbrecht des Patrons . . . . . 318—319

Seite

V. Erwerb der Erbschaft 320
§ 142. Erbfähigkeit und *capacitas* . . . . . 320—322
§ 143. Der Erwerb der Erbschaft und seine Wirkung . . . 322—326
§ 144. Die *in iure cessio hereditatis* und die Transmission . . . . . 326—328
§ 145. Akkreszenz u. Kaduzität 328—332
§ 146. Schutz des Erbrechtes . 332—335
VI. *Bona vacantia* und *ereptoria* . . . 335
§ 147. *Bona vacantia* . . . . . 335—337
§ 148. *Ereptoria* 337
VII. Die Vermächtnisse 338
§ 149. Die Legate . . . . . 338—342
§ 150. Das Fideikommis . . . 342—345
§ 151. Ausgleichung der Legate und Fideikommisse . . 345—346
§ 152. Gesetzliche Beschränkungen der Vermächtnisse . 346—348
§ 153. Der Erwerb der Vermächtnisse . . . . . 348—349
§ 154. Erbschaftsvermächtnisse 349—354
§ 155. VIII. *Mortis causa donatio* und *mortis causa capio* . . . . 354—356

Siebentes Buch. Rechtsschutz.

§ 156. Selbsthilfe . . . . . 356—357
§ 157. Die *actio* . . . . . 357—359
§ 158. *Ius* und *iudicium (Extraordinaria cognitio)* . . . 359—360
§ 159. Der Legisaktionenprozeß 360—363
§ 160. Der Formularprozeß . . 364—368
§ 161. Einteilungen der *actiones* 368—375
§ 162. Die *exceptio* . . . . . 375—382
§ 163. Die Interdikte . . . . . 382—384
§ 164. Prozessualische Konsumption und Rechtskraft des Urteils . . . . . 384—386
§ 165. *Actiones perpetuae* und *temporales.* Klagenverjährung . . . . . 387—392
§ 166. Die *in integrum restitutio* . . . . . 392—394

Hilfswerke.

Th. Mommsen, Römisches Staatsrecht. 1. und 2. Band, dritte Auflage; 3. Band. 1887, 1888.

Th. Mommsen, Abriß des Römischen Staatsrechtes. 1893.

Th. Mommsen, Römisches Strafrecht. 1899.

Lenel, Das *edictum perpetuum*. 1883. *Edit.* II. 1907.

Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 2 Bände. 1889.

Gradenwitz, *vocabularium iurisprudentiae romanae*. 1894.

Heumann, Handlexikon. 8. Aufl. 1895.

P. Krüger, Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechtes. 1888.

Kipp, Geschichte der Quellen des Römischen Rechtes. 3. Aufl. 1909.

F. Hofmann, Die Compilation der Digésten Justinians. 1900.

Rudorff, Römische Rechtsgeschichte. Zum akademischen Gebrauche. 2 Bände. 1857, 1859.

Esmarch, Römische Rechtsgeschichte. Dritte verbesserte Aufl. 1888.

Padeletti, Lehrbuch der Römischen Rechtsgeschichte. Deutsche Ausgabe, besorgt von Franz von Holtzendorf. 1879.

Danz, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechtes. Zweite Auflage. 2 Teile. Zweite Auflage 1871—1873.

J. Baron, Geschichte des Römischen Rechtes. I. 1884.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. I., II. 1885—1902.

Landucci, Storia del diritto romano. 1896.

Jörs, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik. 1888.

Schulin, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechtes. 1889.

Voigt, Römische Rechtsgeschichte. 3 Bände. 1892, 1899, 1902.

Zoll, Pandekta rzyli nauka rzymskiego prawa prywatnego. I. u. II. 1905, 1898.

Cuq, Les institutions juridiques des Romains. I., 2. Aufl. 1904; II, 1902.

Girard, manuel élémentaire de droit romain. 1901. (3. ed.) Übersetzt und mit Zusätzen versehen von Robert v. Mayr unter dem Titel: Geschichte und System des Römischen Rechtes. I. u. II. 1908.

Lenel, Geschichte und Quellen des römischen Rechts in Holtzendorf—Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft.

Puchta, Cursus der Institutionen. Zehnte Auflage, 1893. Besorgt von P. Krüger. 2 Bände.

Keller, Institutionen. Grundriß und Ausführungen. 1861.

Kuntze, Institutionen und Geschichte des Römischen Rechtes. 1879—1880.

Salkovski, Institutionen. Grundzüge des Systems und der Geschichte des Römischen Privatrechtes. 8. Auflage. 1902.

Hölder, Institutionen des Römischen Rechtes. 3. Auflage. 1903.

Sohm, Institutionen, Geschichte und System des röm. Privatrechtes. 13. Auflage. 1908.

Leonhard, Institutionen des Römischen Rechtes. 1894.

Serafini, Institutioni di diritto romano. 5. edizione. 1892.

Heyrovský, Instituce římského práva. 2. Auflage. 1894.

Jörs, Das römische Recht in *Birkmayer*, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 1. Aufl.

Leonhard, in der 2. Auflage dieser Enzyklopädie.

Pacchioni, corso di diritto romano. 1905.

Zeitschrift der Sariguy-Stiftung für Rechtsgeschäfte. I.—XXXI. Band. Romanistische Abteilung.

Von Ihering. Geist des Römischen Rechtes auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung. 3 Teile. 5. Auflage. 1894—1899.

Pernice, Marcus Antistius Labeo; I.—III. 1873 Pg., 2. Aufl. II. 1. 1895, II. 2. 1. 1900.

Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. I. Band. 1908.

Einleitung.

§ 1.

Bedeutung des römischen Rechtes für das heutige Recht.

Das römische Recht ist das Recht des römischen Staates. Es ist das vollkommenste geistige Produkt des Römertums und wird an innerer Durchbildung von keinem anderen Rechte erreicht. Daraus erklärt sich aber noch nicht, warum dieses Recht, dessen Anfänge weiter als zwei Jahrtausende zurückliegen, noch heute die Grundlage unseres Rechtsstudiums bildet. Dies hat vielmehr den Grund, daß dieses zunächst fremde Recht ein integrierender Bestandteil unseres heutigen Rechtes geworden ist. Es ist dies das Resultat eines historischen Jahrhunderte währenden Prozesses, den wir als die Rezeption des römischen Rechtes bezeichnen.

Mit dem Sturze des weströmischen Reiches ist der römische Staat des Okzidents zugrunde gegangen, das römische Recht jedoch hat hiemit seine Geltung nicht verloren. Vielmehr hat es in den neuen germanischen Reichen, welche auf dem Boden des Römerreiches errichtet wurden, zunächst als persönliches Recht der römischen Bevölkerung und des Klerus seine Geltung behalten und später in diesen Gebieten den Charakter eines territorialen Rechtes erlangt. Einzelne wissenschaftliche Bearbeitungen dieses Rechtes sind für die frühesten Zeiten des Mittelalters nachgewiesen, werden jedoch weit von den Leistungen der Rechtsschule übertroffen, die sich gegen das Ende des elften Jahrhunderts in Bologna gebildet hatte. Die Arbeiten der daselbst wirkenden Juristen, welche das römische Recht in der Gestalt, die es durch die Gesetzgebung des oströmischen Kaisers Justinian (527—565) erhalten hatte, zum Gegenstande hatten, sind für die Weiterverbreitung dieses Rechtes von der größten Bedeutung gewesen. Wesentlich exegetischer Natur, bestehen sie vorwiegend in Glossen zu dem Quellentexte, wonach man diese Schule als die der Glossatoren bezeichnet. Der Anschauung der Zeit entsprechend, der zufolge das durch Karl den Großen errichtete, und seit Otto I. mit dem deutschen Königtum verbundene Kaisertum nur eine Fortsetzung des römischen Kaisertums war, betrachten sie die römischen Imperatoren als die *sacratissimi antecessores* der römisch-deutschen Kaiser und folgeweise auch die Gesetze Justinians als das derzeit noch immer geltende kaiserliche Recht, das in allen Gebieten Anwendung finden solle, welche das *imperium mundi* der römisch-deutschen Kaiser aktuell beherrscht. Das war zunächst freilich bloß

ein theoretischer Grundsatz, der den widersprechenden tatsächlichen Zuständen gegenüber erst nach und nach zur Durchführung gelangte. Dieses allmähliche Durchsickern des römischen Rechtes von Oben nach Unten macht den vorerwähnten Rezeptionsprozeß aus. Ermöglicht wurde derselbe durch die Zerfahrenheit des öffentlichen Rechtszustandes im deutschen Reich, durch die Mannigfaltigkeit der verschiedenen daselbst geltenden Stammesrechte und durch den Abgang einer heimischen Rechtswissenschaft. Bei diesen Verhältnissen mußte das einheitliche, wissenschaftlich durchgebildete, auf einen entwickelten Verkehr berechnete römische Recht als das Bessere erscheinen, zumal es auch noch von dem Nimbus: kaiserliches Recht, umgeben war. Dazu kommt als wesentlich förderndes Moment die gegen Ende des vierzehnten Jahrhunderts beginnende Wiederbelebung des klassischen Altertums: das Zeitalter der Renaissance und des Humanismus, welches auf juristischem Gebiete konsequent zur Wiederbelebung des antiken römischen Rechtes drängte. Wie die Schriften der Klassiker diesem Zeitalter das absolut Vollkommene waren, so erschien ihm das römische Recht nicht als ein Recht, sondern als das Recht *κατ᾽ ἐξοχήν*, dem gegenüber alles ihm Widersprechende als unvernünftige Gewohnheit angesehen wurde. Bei solchen Anschauungen, welche die Gebildeten beherrschten und die bald auch in immer breitere Schichten der Halbgebildeten drangen, war es ganz erklärlich, daß man auch bei der Rechtsanwendung mehr und mehr Berücksichtigung des römischen Rechtes anstrebte. Die volkstümlichen Schöffengerichte, welche nach altherkömmlicher Tradition urteilten, konnten dieser Anforderung nicht gerecht werden. Sie wurden durch das gelehrte Beamtentum der Landesherren (an welche bei der Schwäche des Wahlkönigtums längst die Staatsgewalt übergegangen war und die im römischen Recht, insbesondere in seinen Sätzen über *princeps* und Staat, eine wesentliche Stütze ihrer Autorität gefunden hatten) lahmgelegt. Unter vielfach entgegenkommender Mitwirkung der Bevölkerung trat in dem landesherrlichen „Amt“ das gelehrte Richtertum neben das alte Volksgericht, das bald ganz verkümmerte. Durch die Einführung des gelehrten Richtertums war die Brücke hergestellt, über welche das römische Recht nach und nach in alle Gebiete der Rechtsanwendung einzog. Damit war die praktische Rezeption dieses Rechtes zur Tatsache geworden. Vollendet ist dieser Prozeß im großen und ganzen in der zweiten Hälfte des fünfzehnten Jahrhunderts. Schon in der Kammergerichtsordnung vom Jahre 1495 weist Kaiser Maximilian die Kammerrichter an, nach „des Reiches und geschriebenem Rechte“ (worunter das römische Recht verstanden war) zu richten. Das sechzehnte Jahrhundert bringt dann nur mehr den weiteren Ausbau in den einzelnen Territorien.

In diesem Rechtszustande, der durch die unmittelbare Geltung des römischen Rechtes in Gebieten charakterisiert ist, die niemals oder nur vorübergehend römischer Herrschaft unterworfen waren, trat aber in neuerer

Zeit eine Änderung ein, indem seit dem Ende des vorletzten Jahrhunderts in großen Gebieten neue Kodifikationen an die Stelle des römischen Rechtes traten. So im Jahre 1794 in den preußischen Ländern das preußische Landrecht, so im Jahre 1804 in den linksrheinischen Ländern das französische Gesetzbuch und 1809 in Baden das badische Landrecht. Das gleiche geschah 1811 in den „deutschen Erbländern der österreichischen Monarchie" durch Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 1863 im Königreich Sachsen durch das sächsische Gesetzbuch, endlich am 1. Jänner 1900 durch das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896 auch in den Gebieten Deutschlands, in welchen bis dahin noch römisches Recht wenigstens subsidiäre Geltung hatte (in den preußischen Provinzen Schleswig-Holstein, Hannover, Hessen-Nassau, Hohenzollern, Neuvorpommern, Rügen, im Bezirk Ehrenbreitenstein; ferner in den Königreichen Baiern und Württemberg; in den Großherzogtümern Hessen rechts vom Rhein, Mecklenburg, Oldenburg, Sachsen-Weimar, in allen deutschen Herzogtümern, Fürstentümern und den freien Städten). Aber auch dort, wo das römische Recht durch neue Gesetzbücher verdrängt ist, hat es mit der unmittelbaren Anwendbarkeit nicht jede Bedeutung verloren. Denn alle diese Kodifikationen schaffen nicht absolut neues Recht, sondern ruhen auf der Grundlage des bis dahin geltenden Rechtes und enthalten infolgedessen zum guten Teil römische Rechtssätze. Folgeweise ist auch in den Ländern des kodifizierten Rechtes das römische Recht noch immer die Grundlage des geltenden Rechtes, von der aus allein eine wissenschaftliche Erkenntnis des neues Rechtes möglich ist. Deshalb bildet es auch in diesen Ländern noch immer die Basis des Rechtsstudiums.

§ 2.

Aufgabe der Institutionen.

Der andeutungsweise dargelegte historische Prozeß hat das Recht des römischen Staates und zwar in der Gestalt der Justinianischen Gesetzeswerke zum Hauptbestandteil des heutigen Rechtes gemacht. Dieser Doppelstellung des römischen Rechtes: vorerst Recht des römischen Staates, dann Hauptbestandteil des heutigen Rechtes, entspricht die Gliederung der Disziplinen, welche das römische Recht zum Gegenstande haben, in römische Rechtsgeschichte und Institutionen einerseits, dann Pandekten anderseits.

Die beiden ersten haben das römische Recht als Recht des römischen Staates, das sogenannte reine römische Recht, zum Gegenstande. Während die römische Rechtsgeschichte uns die Entwicklung und Ausbildung dieses Rechtes von seinen ersten Anfängen bis auf Justinian schildert, ist die Aufgabe der Institutionen wesentlich die, uns das römische Recht in der Gestalt zu lehren, welche es in der Justinianischen Kodifikation, dem

„Schlußstein der antiken Rechtsentwicklung", erhalten hat. Ihre Aufgabe ist vorwiegend eine dogmatische, indem sie die römischen Rechtssätze in ihrem innern Zusammenhange darstellen sollen. Sie sind aber auch wesentlich nur vorbereitender Natur, indem sie das „reine" römische Recht nicht um seiner selbst willen, sondern nur als Schlüssel zum heutigen Recht geben. Deshalb müssen sie sich auf eine kurze, bloß die Hauptpunkte berührende, möglichst durchsichtige Darstellung beschränken, zumal sie die weiter reichende Aufgabe haben, den Anfänger überhaupt in das Reich der juristischen Begriffe einzuführen und zu juristischem Denken anzuleiten.

Auf der durch die Institutionen gewonnenen Grundlage ruht dann die Pandektenvorlesung, welche bislang in Deutschland üblich war, in der Schweiz und in Österreich noch üblich ist. Diese hat das römische Recht als Hauptbestandteil des heutigen Rechts zum Gegenstande. Sie führt das, was die Institutionen nur in großen Zügen geben, weiter aus und sucht eine detaillierte Kenntnis des römischen Rechts zu vermitteln. Sie nimmt auf die Modifikationen Rücksicht, welche die römischen Rechtssätze durch das kanonische Recht, die deutsche Praxis und die Reichsgesetze erfahren haben. Für die Länder des kodifizierten Rechtes werden dadurch die Grundlagen gelehrt, auf denen die neueren Kodifikationen beruhen, deren Kenntnis zu einer wissenschaftlichen Bearbeitung dieser Gesetzbücher geradezu unentbehrlich ist. Ob sie durch Vorlesungen über das deutsche bürgerliche Gesetzbuch vollständig ersetzt werden kann, vermag erst die Erfahrung zu lehren.

Die Bezeichnungen „Institutionen" und „Pandekten" sind Teilen der Justinianischen Kodifikation entlehnt, die wir später kennen lernen werden. Insbesondere der Ausdruck *institutiones*, der uns hier allein interessiert, wurde bei den Römern für solche Schriften gebraucht, welche die Anfangsgründe der Rechtswissenschaft übersichtlich darzustellen bestimmt waren. Ein Hauptwerk der Art waren die später zu erwähnenden Institutionen des Juristen Gaius. Auch Justinian ließ, wie wir später sehen werden, ein solches Einleitungsbuch *(prima legum cunabula)* anfertigen. Mit Vorträgen darüber begann der Rechtsunterricht, weshalb auch noch heutzutage die in das Rechtsstudium einführende Vorlesung als Institutionenvorlesung und die hiefür berechneten Lehrbücher als Institutionenlehrbücher bezeichnet werden.

Da die Institutionen am Anfang des Rechtsstudiums stehen, so müssen sie auf Fundamentalbegriffe Bezug nehmen, die wesentlich anderen Disziplinen angehören und die daher hierorts nur andeutungsweise berührt werden können. Sie sollen den weiteren Inhalt dieser Einleitung bilden.

§ 3.
Das Recht.

Der Mensch lebt seiner Natur nach nicht isoliert, sondern in Gemeinschaft mit anderen Menschen. Er ist notwendig Glied eines Gemeinwesens,

das Voraussetzung und Bedingung seiner gedeihlichen Entwicklung ist. Dieses Gemeinwesen, das wir kurzweg als staatliche Verbindung bezeichnen wollen, bedarf zu seiner Existenz fester Normen, welche die äußeren Handlungen seiner Angehörigen regeln und deren Befolgung nötigenfalls zwangsweise durchgesetzt werden kann. Der Inbegriff dieser Normen ist die Rechtsordnung oder das Recht im objektiven Sinne des Wortes. Die Befugnis, die dadurch dem Einzelnen eingeräumt wird, mit anderen Worten die Machtsphäre, die das objektive Recht dem Einzelnen gewährt und sichert, bildet das Recht im subjektiven Sinne oder die Berechtigung. Diese ist insofern immer ein Ausfluß des objektiven Rechtes, als sie nur nach Maßgabe der von diesem aufgestellten Grundsätze entsteht und besteht. Der Ausgangspunkt für diese die subjektiven Rechte begründenden objektiven Satzungen ist nach dem Zeugnis der Geschichte ein verschiedener. Entweder erscheint nämlich das subjektive Recht des Einzelnen bloß als eine ihm von Oben gewährte Vergünstigung, als Geschenk der Gottheit, als Konzession des Herrschers u. s. w., oder es erscheint als Ausdruck der Anerkennung der Selbständigkeit und Freiheit des Individuums. Ersteres ist die Auffassung des Orients, letzteres im Großen und Ganzen die des Okzidents, woselbst sie uns namentlich im römischen Recht entgegentritt.

Dort, wo diese letztere Anschauung obwaltet, mit anderen Worten das subjektive Recht in der Selbständigkeit des Individuums wurzelt, unterscheidet man innerhalb des objektiven Rechtes zwei Hauptbestandteile, welche nach dem Vorgange der Römer als das öffentliche Recht *(ius publicum)* und das Privatrecht *(ius privatum)* bezeichnet werden.

Das öffentliche Recht sichert und ordnet das Gemeinwesen selbst, indem es dessen Verfassung feststellt, die Regierung und Verwaltung ordnet und bestimmt, was der Einzelne dem Gemeinwesen zu leisten hat. Es ist das Prinzip der Ordnung und Notwendigkeit, welches das öffentliche Recht dem Einzelnen gegenüber vertritt. Sofern dieser eine öffentlich-rechtliche Berechtigung hat, hat er sie nur als Glied und nur im Interesse des Gemeinwesens. Deshalb steht auch die Übung dieser Berechtigung seitens des Einzelnen durchaus im Dienst seiner Pflicht gegen das Gemeinwesen. Beispielsweise ist der Amtskreis des öffentlichen Funktionärs zunächst ein Pflichtenkreis und erst in zweiter Linie ein Machtkreis, da der Beamte die Macht ja nur im Interesse des öffentlichen Dienstes hat. Die Römer definieren das öffentliche Recht als das *ius, quod ad statum rei Romanae spectat.* Wir zählen dazu das Staatsrecht, Völkerrecht, Strafrecht, Prozeßrecht und Kirchenrecht.

Das Privatrecht *(ius privatum)* ist der Teil der Rechtsordnung, welcher, wie die Römer sagen: *singulorum utilitatem spectat.* Es realisiert das Prinzip der Freiheit und Selbständigkeit des Einzelnen und geht darauf aus, ihm den Freiheitskreis zu sichern, der mit der öffentlichen Ordnung vereinbar ist. Die private Berechtigung (das subjektive Privatrecht) hat

der Einzelne nur seinetwegen, sie ist daher nur Recht, nicht auch zugleich Pflicht, ob er sie üben will oder nicht, steht nur bei ihm. Den Hauptbestandteil des (objektiven) Privatrechtes bildet das Vermögensrecht einschließlich des Erbrechtes. Herkömmlicher Weise zählt man dazu aber auch noch das Familienrecht, obwohl dasselbe schon vielfach in das öffentliche Recht hinüberspielt. Die Institutionen haben es nur mit dem Privatrecht zu tun. Denn wenn auch die Rezeption des römischen Rechtes nicht ausschließlich auf das römische Privatrecht beschränkt blieb, so hat sie doch für unser öffentliches Recht nicht die Bedeutung gehabt, dasselbe auf römische Grundlagen zu stellen. Dies war nur beim Privatrecht der Fall.

Weitere Unterschiede innerhalb des objektiven Rechtes, die vorzugsweise für das Privatrecht Wichtigkeit haben, sind folgende:

1. Absolutes und dispositives Recht. Ersteres ist solches Recht, dessen Anwendung auf den einzelnen Fall durch den Privatwillen nicht ausgeschlossen werden kann. Da diese unbedingte, zwingende Geltung *(ius cogens)* in öffentlichen Rücksichten wurzelt, wird es seitens der Römer auch als *ius publicum* bezeichnet. Ein Beispiel absoluten Rechtes sind die Rechtssätze über Testamentsform. Dispositives Recht dagegen ist solches, welches durch den Privatwillen ausgeschlossen werden kann, und das daher nur bedingt, d. h. nur dann zur Anwendung kommt, wenn durch den Privatwillen nichts anderes bestimmt ist, wie z. B. die Bestimmung, daß das Mietgeld erst nach Ablauf der Mietzeit zu entrichten ist, deren Anwendung durch Verabredung der Vorauszahlung des Zinses ausgeschlossen wird.

2. *Ius commune* und *ius singulare*. Jenes ist das im Sinne der Rechtsordnung regelmäßige, normale Recht; dieses das Ausnahmerecht, welches als Sonderrecht für gewisse Personenklassen, Sachen oder Rechtsgeschäfte gilt. Beispielsweise ist es *ius commune:* Darlehen dürfen zurückgefordert werden, *ius singulare:* das einem Hauskind gegebene Gelddarlehen darf nicht zurückgefordert werden; *ius commune:* der Eigentümer darf und kann eine Sache veräußern, *ius singulare:* der Ehemann darf und kann das Dotalgrundstück, obwohl er dessen Eigentümer ist, nicht veräußern; *ius commune:* Schenkungen sind zulässig, *ius singulare:* Schenkungen zwischen Ehegatten sind verboten und ungiltig. Das *ius singulare* ist eine Durchbrechung des vom *ius commune* aufgestellten Prinzip's (*ratio*, insofern ist es *contra rationem iuris*) durch welche innerhalb eines engeren Kreises ein eigenes besonderes Prinzip zur Geltung gebracht oder bloßen Zweckmäßigkeitsrücksichten *(utilitas)* Rechnung getragen wird. Häufig bezweckt das *ius singulare* eine Begünstigung *(beneficium iuris)* einer Personenklasse. Solches *ius singulare* bezeichnen die Römer als *privilegium*, die Neueren als Privilegium im weiteren Sinne (z. B. die Vorschriften über Militärtestamente). Davon ist zu unterscheiden das Privilegium im engeren Sinne, worunter man das für bestimmte

Individuen als solche, sie mögen „Person, Sache oder Angelegenheit“ sein, statuierte Sonderrecht versteht. Während somit das Privilegium im weiteren Sinne, wie das *ius commune* als Rechtsregel *(lex generalis)* auftritt, ist das Privilegium im engeren Sinne eine bloß für einzelne konkrete Individuen berechnete *constitutio personalis* mit a. W. ein Individualrechtssatz. Beispiele: Jeder Soldat kann ohne Beobachtung einer Form testieren (*privilegium* im weiteren Sinne), daher der Titius, Seius u. s. w., weil er Soldat ist. — Sempronius ist von der Grundsteuer eximiert (*privilegium* im engeren Sinne). Also nur das Individuum Sempronius, nicht auch Titius u. s. w.

§ 4.

Entstehung des Rechtes.

Die Entstehung des (objektiven) Rechtes setzt ein Gemeinwesen und mit diesem eine Macht voraus, die im Stande ist, ordnend in die Lebensverhältnisse der Genossen einzugreifen. Je nach der Verschiedenheit des geschichtlichen Vorganges, der zur Bildung des Gemeinwesens führte, wird diese Macht bald einem Einzelnen, bald einer einflußreichen Körperschaft, bald der Vereinigung der Genossen selbst zustehen. Auf diese Macht, welche den Grundstein des Gemeinwesens bildet, und die wir schlechtweg als Staatsgewalt bezeichnen wollen, ist jede Rechtsbildung zurückzuführen, weil nur das eine den Einzelnen zwingende Norm ist, was den Arm der Staatsgewalt für sich hat. Die Rechtsbildung selbst kann in verschiedener Weise vor sich gehen.

Die eine Art der Rechtsbildung ist die, daß die Staatsgewalt einen Satz (ein Gebot oder Verbot) ausdrücklich als Richtschnur des Handelns aufstellt, der dann seitens ihrer ausübenden Organe, insbesondere der Gerichte, vorkommenden Falles zur Anwendung gebracht werden soll. Dieses von der Staatsgewalt ausgesprochene, von ihr gesetzte Recht, ist das Gesetz oder das gesetzliche Recht. So wie die Geltung erhält es auch seinen Inhalt nur durch den Willen der Staatsgewalt, beziehungsweise des Organs, welches je nach der Verfassung des Gemeinwesens die Staatsgewalt in dieser auf Rechtsetzung abzielenden Richtung (die sogenannte gesetzgebende Gewalt) zu üben berufen ist. Nach der Verfassung bestimmt sich dann weiter auch der Vorgang, den dieses Organ hiebei zu beobachten hat.

Die andere Art der Rechtsbildung ist die, daß ein Satz nicht als Gesetz ausgesprochen, sondern von den die Rechtspflege ausübenden Organen des Gemeinwesens, den Gerichten, unmittelbar auf vorkommende Lebensverhältnisse angewendet wird. Dadurch, daß dies längere Zeit hindurch geschieht, daß gleichartige Fälle längere Zeit hindurch jedesmal gleichmäßig im Sinne dieses Satzes entschieden werden, wird dieser Satz, der zunächst kein Rechtssatz ist, durch die fortgesetzte konstante Übung

schließlich zum Rechtssatz. Denn der Umstand, daß er ununterbrochen auf jeden vorkommenden Fall durch längere Zeit hindurch seitens der Gerichte zur Anwendung gebracht worden ist, rechtfertigt den Schluß, daß er das Sachgemäße trifft und dem Willen der Staatsgewalt, die ihn ja durch ihre ausübenden Organe stetig zur Anwendung gebracht hat, entspricht. Deshalb muß er dann auch in künftigen Fällen wieder zur Anwendung kommen, und müssen daher folgeweise die Einzelnen ihre Handlungen nach ihm einrichten. Diese Art der Rechtsbildung führt zum Gewohnheitsrecht. Das Recht wird hier nicht wie das Gesetz durch das Wort, sondern vielmehr durch die Tat *(rebus ipsis et factis)*, mit anderen Worten durch fortgesetzte Übung, durch Gewohnheit geschaffen. Seinen Inhalt erhält dieses Recht durch die Anschauung der Gerichte. Da diese aber nicht außerhalb, sondern innerhalb des Volkes stehen, in der älteren Zeit nur Männer aus dem Volke als Urteiler fungieren, so ist es einleuchtend, daß der Inhalt der das Gewohnheitsrecht erzeugenden Urteile nur das ausspricht, was das Volk für das Richtige hält. Diese Überzeugung des Volkes ist aber nur für den Inhalt entscheidend; das Gewohnheitsrecht gilt nicht „von Überzeugung wegen", sondern deshalb, weil es den Willen der Staatsgewalt hinter sich hat. Die bloße Überzeugung, welche die Gerichte nicht für sich erobert hat, schafft kein Recht.

Nur das ist Recht, was Gesetz oder Gewohnheitsrecht geworden ist, deshalb bezeichnet man Gesetzgebung und Gewohnheit als die rechtserzeugenden Faktoren oder als die Rechtsquellen, wobei man sich aber bewußt bleiben muß, daß der letzte Grund alles Rechtes in der Staatsgewalt liegt. Da Gesetz und Gewohnheitsrecht auf dieselbe Staatsgewalt zurückzuführen sind, jenes als ausdrücklicher, dieses als stillschweigender Wille derselben gilt, ist es erklärlich, daß Gesetz und Gewohnheitsrecht von gleicher Kraft sind. So wie das Gesetz eine Gewohnheit, so kann auch die Gewohnheit ein Gesetz abschaffen *(desuetudo)*. In der Geschichte tritt uns überall zuerst Gewohnheitsrecht entgegen, erst später überwiegt die „bewußte" Rechtsbildung: das Gesetz.

Ist durch Gesetz oder Gewohnheit neues Recht geschaffen, so gilt es von seiner Entstehung an. Nur beim Gesetz kann es vorkommen, daß ein späterer Termin für seine Giltigkeit festgesetzt ist. Mit dem Beginn der Geltung des neuen Rechtes treten alle bisher bestandenen, mit ihm unvereinbaren Rechtssätze von selbst außer Kraft *(lex posterior derogat priori)*. Insbesondere ist auch bei Gesetzen eine sogenannte derogatorische Klausel nicht notwendig. Tatsachen, die nach der Entstehung des neuen Rechtes eintreten, sind in ihrer rechtlichen Bedeutung nur nach ihm zu beurteilen. Dagegen werden die zur Zeit der Geltung des früheren Rechtes bereits eingetretenen Rechtswirkungen (Begründung, Aufhebung von Rechten u. s. w.) dadurch nicht berührt, außer wenn das neue Recht diesbezüglich etwas Anderes bestimmt.

§ 5.

Erkenntnis des Rechtes.

Erkenntnis des Rechtes ist die Aufgabe der Rechtswissenschaft.

Sie beginnt mit der Ermittlung und Feststellung dessen, was in einem Gemeinwesen Gesetz oder Gewohnheitsrecht ist. Beim Gesetz kann es sich hiebei um Richtigstellung des Textes handeln, worauf die Texteskritik gerichtet ist.

Daraufhin sind Sinn und Tragweite des Gesetzes und Gewohnheitsrechtes zu ermitteln, und die darin enthaltenen Bestimmungen darzulegen. Diese Auslegung oder Interpretation ist ganz besonders bei Gesetzen von Bedeutung, da diese meist eine abstrakte Regel geben, die für die Anwendung erst durch die Interpretation zubereitet werden muß. Diese ist darauf gerichtet, den Inhalt des Gedankens, den das Gesetz zum Ausdruck bringen will, zu ermitteln. Sie sucht dies zu erreichen durch Auslegung des Wortlautes (grammatische Interpretation) und durch Feststellung des Sinnes nach der Absicht des Gesetzgebers, welche Ursprung und Zusammenhang des Gesetzes erkennen lassen (historische und logische Interpretation). Dabei kann es sich ergeben, daß der Wortlaut des Gesetzes dem vom Gesetzgeber gewollten Sinne nicht genau entspricht, entweder zu viel oder zu wenig umfaßt. In beiden Fällen ist es Aufgabe der Interpretation, den nachweisbaren Sinn des Gesetzes dem ungenauen Wortlaute gegenüber zur Geltung zu bringen. Dies geschieht dadurch, daß sie dort, wo der Wortlaut zu viel sagt, also zu weit ist, die Fälle ausscheidet, die zwar dem Worte nach, nicht aber dem Sinne nach unter das Gesetz fallen, dort dagegen, wo der Wortlaut zu wenig umfaßt, also zu eng ist, noch alles das unter das Gesetz subsumiert, was zwar nicht dem Worte, wohl aber dem Sinne nach darunter begriffen ist. Jenes bezeichnet man als restriktive (einschränkende), dieses als extensive (ausdehnende) Interpretation, wobei aber immer daran festzuhalten ist, daß die Interpretation nur dem ungenauen Wortlaute, nicht dem Gesetze gegenüber restriktiv oder extensiv ist. Von der behandelten doktrinellen Interpretation, deren Ergebnisse nur dann Anerkennung beanspruchen können, wenn sie richtig, d. h. im Gesetze wirklich enthalten sind, ist zu unterscheiden die sogenannte authentische Interpretation. Diese ist Erläuterung eines Rechtssatzes durch Gesetz (Legalinterpretation) oder Gewohnheit (Usualinterpretation) und gilt daher als Gesetz oder Gewohnheitsrecht, ohne Rücksicht darauf, ob sie in dem erläuterten Gesetze gegründet ist oder nicht.

Aus den durch die Auslegung ermittelten Rechtssätzen sind dann weiter die ihnen zu Grunde liegenden Prinzipien zu gewinnen. Dies ist schon deswegen notwendig, weil Gesetz und Gewohnheit nicht für alle Fälle Vorsorge treffen können. In jedem Recht gibt es Lücken, welche im Geiste des bestehenden Rechtes ausgefüllt werden müssen. Dies

geschieht dadurch, daß man Grundsätze, die das Recht zufällig nur für gewisse Fälle ausgesprochen hat, auf andere Fälle anwendet, die zwar in Nebenpunkten von ersteren verschieden, in der Hauptsache dagegen mit ihnen gleich sind. Diesen Vorgang bezeichnet man als Analogie, und zwar als Gesetzesanalogie, wenn der analog angewandte Rechtssatz in einem einzelnen Gesetze aufgestellt ist, als Rechtsanalogie dagegen dann, wenn er erst „aus einer Mehrheit spezieller Bestimmungen abstrahiert ist". Auch die Gesetzesanalogie ist mit der extensiven Interpretation nicht zu verwechseln, da sie auf gesetzlich nicht entschiedene Fälle Anwendung hat, während die extensive Interpretation zeigt, daß ein Fall trotz des Wortlautes doch der Absicht nach im Gesetze entschieden ist.

Endlich sind die gewonnenen Resultate nach Unten hin in ihren Konsequenzen darzulegen, sodann aus ihnen nach Oben hin die das Ganze beherrschenden Gesichtspunkte zu abstrahieren und so der Gedanke der Einheit in der Mannigfaltigkeit der Rechtssätze zum Ausdruck zu bringen. Hiemit ist dann auch die sachgemäße Gruppierung des Rechtsstoffes, das Rechtssystem, gegeben.

Neues Recht vermag die Rechtswissenschaft aus eigener Kraft nicht zu erzeugen. Für die Entstehung des Rechtes ist sie an sich nur insoferne von Bedeutung, als sie die Fortbildung des Rechtes durch Gesetz oder Gewohnheit vorbereitet.

Das römische Privatrecht.

Erster Teil.

Die Quellen des römischen Rechtes.

§ 6.

Übersicht.

Wie jedes Recht beruht auch das römische Privatrecht auf Gesetz und Gewohnheit. Da aber im römischen Staate die Gesetzgebung im Laufe der Zeit von verschiedenen Organen geübt wurde, so ergeben sich dieser Verschiedenheit entsprechend verschiedene Arten von Gesetzen. Neben den verschiedenen Gestalten der Volksgesetze tritt uns bereits zur Zeit der Republik das auf den magistratischen Edikten beruhende Recht entgegen. In der Kaiserzeit erlangen außer den Senatsschlüssen auch die *constitutiones principum* Gesetzeskraft und wird endlich die Rechtswissenschaft mit einer äußeren, ihr an sich nicht zukommenden (§ 5) Autorität ausgestattet, der zufolge auch ihre Sätze gesetzliche Geltung haben. So ergeben sich verschiedene Arten von Rechtssatzungen, welche die Römer als *lex, plebiscitum, edicta magistratuum, senatusconsulta, constitutiones principium* und *responsa prudentium* bezeichnen. Neben diesen steht noch das Gewohnheitsrecht.

§ 7.

Lex und *plebiscitum.**)

Gai. I, 3; § 4. J. *de iure nat.* I, 2.

Die *lex* ist das Volksgesetz, welches auf einem Beschlusse der in den Kuriat-, später in den Zenturiat-, endlich auch in den Tribut-Komitien versammelten Bürgerschaft *(populus Romanus)* beruht. Berufen und geleitet wurden die ersteren vom König, später vom Oberpontifex, die beiden letzteren von einem Magistrat, der das *ius agendi cum populo* hatte (Konsul, Diktator, Prätor u. A.). Der entscheidende Akt war ein zweiseitiger: der Vorsitzende stellte an die auf seine Ladung versammelte Bürgerschaft die mündliche Frage, ob sie den (vorher vom Senat gebilligten) Gesetzesantrag annehme *Pelitis iubeatis Quiritis, ut...)*; die Antwort auf diese *rogatio* erfolgte durch die Abstimmung der sich jetzt nach Kurien, Zenturien oder Tribus gliedernden *conventio.* Änderungen des gestellten Antrages durch die Bürgerschaft waren ausgeschlossen. Das Ergebnis der Abstimmung wurde sofort auf Geheiß des vorsitzenden Magistrats vom Herold verkündigt *(renuntiatio).* Hatte mehr als die Hälfte der Kurien, Zenturien oder Tribus die *rogatio* bejaht, so war sie angenommen und wurde durch die *renuntiatio* zur *lex.* Diese trat ohne weitere Publikation sofort mit der *renuntiatio* in Kraft, falls sie nicht selbst eine *vacatio legis* verfügte.

Das *plebiscitum* dagegen ist dasjenige Gesetz, welches nicht durch einen Beschluß des *populus,* sondern der *plebs* zu Stande kam. Diese ver-

*) Bruns: *Fontes iuris romani antiqui VII. edidit* Otto Gradenwitz. *I. Leges et negotia II. scriptores 1909.*

sammelte sich seit dem Jahre 283 d. St. (471 v. Chr.) tribusweise in den *concilia plebis,* welche von einem plebejischen Magistrat: *tribunus plebis* oder *aedilis plebis,* berufen wurden. Dieser Magistrat führte daselbst auch den Vorsitz, stellte frageweise den Antrag *(rogatio)* und verkündete schließlich das Resultat der tribusweise vorgenommenen Abstimmung. Ursprünglich hatte das *plebiscitum* keine alle Bürger verpflichtende Kraft. Als Beschluß der *plebs* war es kein Staatsgesetz, sondern galt nur für die Plebejer, nicht auch für die Patrizier. Seit der *lex Hortensia* (zwischen 465—468 d. St., 289—286 v. Chr.), welche bestimmte, *ut plebiscita universum populum tenerent,* hat es jedoch unangefochten eine der *lex* gleiche Kraft. Seit der Zeit werden die Beschlüsse der *concilia plebis* als *lex plebisvescitum,* endlich auch nur als *lex* bezeichnet.

Lex und *lex plebisvescitum* konnten eine *sanctio* enthalten, d. h. Bestimmungen, welche die Befolgung des Gesetzes sichern sollten. Je nach der Art der *sanctio* wurde das Gesetz als *lex perfecta* oder *minus quam perfecta* bezeichnet; ersteres dann, wenn die *sanctio* den das Gesetz übertretenden Akt rechtlich für null und nichtig erklärte, letzteres dann, wenn es die Übertretung nur mit einer Strafe bedrohte, ohne den Akt zu vernichten. Ein Gesetz, welches keine *sanctio* enthielt, nannte man eine *lex imperfecta.**)

Die Zahl der *leges,* einschließlich der *leges plebisvescita,* welche in der Zeit der Republik beschlossen wurden, war eine große. Die weitaus wichtigste *lex* war das Zwölftafelgesetz (303—304 d. St., 451—450 v. Chr.), welches von den Römern selbst als *fons publici privatique iuris* bezeichnet wurde, und das während der ganzen Zeit des Bestandes des römischen Staates die Grundlage des Rechtes bildete. Gleichwohl ist uns der Text dieses Fundamentalgesetzes nicht erhalten. Nur durch Zitate und Referate in juristischen und nicht juristischen Schriften sind uns etwa 100 zum Teil unvollständige Fragmente überliefert (Bruns p. 15 sq.).**) Auch zu Anfang der Kaiserzeit kommen noch Volksschlüsse vor. Von diesen sind die *lex Julia* und *lex Papia Poppaea,* erstere aus dem Jahre 736 d. St. (18 v. Chr.), letztere aus dem Jahre 762 d. St. (9 n. Chr.) hervorzuheben, zwei umfassende Gesetze, von denen im Familien- und Erbrecht (§§ 112, 145) die Rede sein wird.

Seit Tiberius hören die *leges rogatae* auf. Von jetzt an gibt es nur noch sogenannte *leges datae.* Auch sie beruhten auf einem Volksschluß, der einen Magistrat ermächtigte, ein bestimmtes Verhältnis durch

*) Solche *leges imperfectae* gibt es in der Zeit der Republik eine beträchliche Zahl. Seltener sind in dieser Zeit *leges perfectae,* schon im sechsten Jahrhundert der Stadt kommen aber auch solche vor, in der Kaiserzeit werden sie immer häufiger. Mitteis Röm. Privatrecht I. S. 246 fg. Wo später Mitteis ohne Beisatz zitiert ist, ist dieses Buch gemeint.

**) Die Existenz der Zwölftafelgesetzgebung wird bestritten von *Pais storia di Roma I.* § 572 ff. dem *Lambert Nouv. rev. hist. de droit XXVI.* § 149 fg. *Pachioni Corso di diritto rom. I.* § 46 fg. u. a. folgen. Danach soll das was wir als Zwölftafelgesetz bezeichnen, nicht ein Gesetzeswerk aus dem 5. Jahrhundert v. Chr., sondern eine Zusammenstellung alter Rechtssätze sein, welche von einem Privaten, nach *Pais* in d. Z. d. *Appius Claudius Caecus,* nach Lambert im 2. Jahrhundert v. Chr., vorgenommen wurde. S. dagegen besonders Lenel Ztsch. der Savigny Stiftung (Romanist. Abtlg.) XXVI. Bd. S. 498 fg.

von ihm zu erlassende Satzungen zu regeln, welche dann als mittelbares Volksgesetz die Kraft einer *lex* haben sollten. *Leges datae* kommen schon in der republikanischen Zeit vor, dem *princeps* wurde die Ermächtigung hiezu allgemein durch die sogenannte *lex de imperio* eingeräumt. Er machte von derselben Gebrauch bei den die Erteilung des Bürgerrechtes und der Städteverfassung betreffenden Erlässen, welche in Form einer *lex* ausgefertigt wurden. Solche *leges datae* sind insbesondere die *lex coloniae Genetivae Iuliae* (710 d. St., 44 v. Chr.) von M. Antonius für die nach Urso deduzierte Bürgerkolonie, dann die *lex Salpensana* und die *lex Malacitana* (834—837 d. St., 81—84 n. Chr.) von Domitian für die lateinischen Munizipien Salpensa und Malaga (Bruns p. 122 sq., 142 sq.).*)

§ 8.

Die *edicta magistratuum.*

Gai, I, 6; § 7. J. *de iure nat.* I. 2; l. 7. § 1. *de iust. et iure.* I. 1.

Die Handhabung der Rechtspflege stand in Rom in der ältesten Zeit dem König, später den Konsuln zu. Im Jahre 387 d. St. (367 v. Chr.) wurde neben den Konsuln ein Prätor *(praetor urbanus)* eingesetzt und diesem die Jurisdiktion in Prozessen zwischen römischen Bürgern *(qui inter cives ius dicit)* als Spezialkompetenz zugewiesen. Um das Jahr 512 d. St. (242 v. Chr.) wurde ein zweiter Prätor, der sogenannte *praetor peregrinus*, eingesetzt, dem die Prozesse der Nichtbürger (Peregrinen) untereinander sowie die Prozesse zwischen Bürgern und Nichtbürgern überwiesen wurden *(qui inter peregrinos ius dicit, inter cives et peregrinos ius dicit)*. Neben den beiden Prätoren hatten in Rom noch die *aediles curules* eine Spezialjurisdiktion in Marktstreitigkeiten (§ 87). In den Provinzen lag die Jurisdiktion in den Händen der Statthalter.

Wie andere römische Magistrate hatten auch alle diese Gerichtsobrigkeiten das *ius edicendi*, d. i. das Recht, allgemein verbindliche Verfügungen zu treffen und kundzumachen. Sie machten davon in der Richtung Gebrauch, daß sie zur Darnachachtung des rechtsuchenden Publikums bei Antritt ihres Amtes die Grundsätze kundmachten, welche sie während ihres Amtsjahres in der Rechtspflege zu beobachten gedachten. Von diesen Edikten sind die wichtigsten die der Prätoren. Unsere Rechtsquellen enthalten von ihnen nur mehr Bruchstücke des *edictum praetoris urbani*, weshalb wir uns weiterhin auf dieses beschränken.

Dasselbe reicht in seinen Anfängen weit zurück und ist so alt wie die städtische Prätur. Kraft des dem Prätor zustehenden *imperium* konnte derselbe von jeher in den durch Volksgesetze nicht geregelten (gesetzlosen)

*) Eine *lex data* war auch das Stadtrecht von Tarent aus dem 7. Jahrhundert d. St. von dem Bruchstücke 1894 aufgefunden worden sind. *V. Scialoja e G. de Petra, di un fragmento di legge romana scoperto in Tarento* 1896.

Fällen je nach Bedarf ein Gericht anordnen und den von ihm bestellten Richter befehlsweise darüber instruieren, unter welchen Voraussetzungen und auf was er kondemnieren solle. An diese Instruktion *(formula)*, welche Ausfluß des im prätorischen *imperium* enthaltenen Befehlsrechtes war, war der Richter gebunden und hatte nicht zu prüfen, ob sie in den Volksgesetzen begründet sei oder nicht; er hatte sie lediglich auszuführen, also nur zu untersuchen, ob die in derselben vorgezeichneten Voraussetzungen zutreffen oder nicht, und je nach dem Resultat dieser Untersuchung das Urteil zu fällen. So war dem Prätor die Möglichkeit gegeben, in Handhabung seines *imperium* Lücken im Recht auszufüllen und den Bedürfnissen des Verkehrs und Lebens entgegenkommend Ansprüchen zu gerichtlicher Geltendmachung zu verhelfen, die nach den Volksgesetzen noch keinen Rechtsschutz genossen, also insbesondere neue Klagen zu gewähren, diese bei Antritt des Amtes in seinem Edikt in vorhinein zuzusichern und daselbst die dafür bestimmten Klageformeln aufzustellen. Zahlreiche Klagerechte verdanken dem ihre Entstehung. Weiter hatte es der Prätor kraft seines *imperium* auch in der Hand, solchen Bestimmungen der Volksgesetze, die sich überlebt hatten, die gerichtliche Durchsetzung zu versagen, oder selbe an weitere von ihm aufgestellte Voraussetzungen zu knüpfen. Endlich seit der durch die *lex Aebutia* angebahnten Prozeßreform (§ 100) hatte er auch für die in den Volksgesetzen gegründeten Ansprüche passende Klageformeln zu entwerfen und im Edikt zu proponieren, wodurch dieses eine beträchtliche Erweiterung erfahren mußte. Diese allerdings nur angedeuteten verschiedenen Zwecke der ediktalen Bestimmungen bezeichnet der Jurist Papinian als das *supplere, corrigere, adiuvare ius civile*, indem er das auf den prätorischen Edikten beruhende Recht als das *ius* definiert, *quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.*

Das Edikt war ein Ausfluß der prätorischen Amtsgewalt. Es wurde vom Prätor beim Antritt seines Amtes, gleichsam als Programm seiner Tätigkeit erlassen, galt für seinen Amtsbezirk und für seine Amtszeit. Des letztern Momentes wegen heißt es *edictum perpetuum (annuum)*, im Gegensatze zu den bloß aus vorübergehenden Anlässen erlassenen *edicta repentina*. Für den Prätor selbst war sein Edikt erst seit der *lex Cornelia* 687 d. St. (67 v. Chr.) verbindlich. Mit seinem Amte erlosch es von selbst, daher nennt es Cicero eine *lex annua*. Der Nachfolger erließ ein neues Edikt. Begreiflich, daß er in dieses die bewährten Bestimmungen der Vorgänger wieder aufnahm. So bildete sich ein fester Kern der aufeinander folgenden Edikte, der den Hauptbestandteil derselben ausmachte, das sogenannte *edictum tralaticium*. Das sachlich Neue des formell neuen Edikts beschränkte sich auf mehr oder weniger bedeutende Zusätze *(novae clausulae, nova edicta)*.

Auf solche Weise bildete das prätorische Edikt eine Art Kodifikation des praktisch geltenden Rechtes, da als solches doch nur das ange-

sehen werden konnte, welches den Arm des Prätors als des Trägers der Jurisdiktion für sich hatte. Diese Kodifikation hatte den unschätzbaren Vorzug, einerseits das Hergebrachte, so weit es sich bewährt hatte, festhalten, anderseits wegen ihrer jährlichen Erneuerung in leichtester Weise den neuen Anforderungen des fortschreitenden Lebens gerecht werden zu können. Daß so bei der Schwerfälligkeit der Komitialgesetzgebung der Schwerpunkt der Privatrechtsgesetzgebung in die Edikte fiel, ist erklärlich. Das auf den Edikten beruhende Recht wird als *ius honorarium*, beziehungsweise als *ius praetorium*, bezeichnet. Es ist im römischen Sinne keine *lex*, noch *legis vice*, seine Geltung im Unterschiede von der *lex* örtlich auf den Amtsbezirk und zeitlich auf die Amtszeit beschränkt. Wohl aber ist es Gesetz in dem oben (§ 4) erörterten allgemeinen Sinne, da es nur kraft der Satzung der Obrigkeit, nicht etwa als Gewohnheitsrecht, gilt.

Die Blütezeit der Edikte liegt in der republikanischen Zeit. Zwar gingen die alten Magistraturen mit ihrem *ius edicendi* in die Kaiserzeit über, kamen aber hier sofort in Abhängigkeit vom *princeps*. Deshalb erstarrt das Edikt, neue Bestimmungen werden selten und nur nach vorher eingeholter Genehmigung des Prinzeps aufgenommen. Hadrian ließ eine Revision aller Edikte durch den Juristen Salvius Julianus vornehmen, über die wir nur mangelhaft durch Nachrichten aus viel späterer Zeit unterrichtet sind. Das revidierte Edikt, welches außer den prätorischen auch die ädilizischen und die Provinzial-Edikte umfaßte, ließ der Kaiser, wie uns Justinian berichtet, durch einen Senatsbeschluß bestätigen. Dadurch wurde aber der rechtliche Charakter des Edikts nicht geändert, es galt von jetzt an nicht als Senatuskonsult, sondern noch immer als magistratisches Edikt. Dieses Senatuskonsult hatte nur administrative Bedeutung, es stellte ein Normaledikt auf und verpflichtete die Magistrate, bloß dieses als Edikt kund zu machen, beziehungsweise für die von ihnen beabsichtigten Änderungen vorher höhere Genehmigung einzuholen. Infolgedessen ist das Edikt von jetzt an allerdings inhaltlich nur Ausdruck des Willens des Senats und Kaisers, während es formell auch jetzt noch immer Edikt, d. h. magistratisches Amtsrecht bleibt. Auch jetzt ist es formell der Prätor, nicht der Senat, welcher die Klage, Einrede usw. verspricht.

Diesem jetzt auch inhaltlich ständigen, also in diesem Sinne *perpetuum edictum* Hadrians ist das entnommen, was uns in der Justinianischen Rechtssammlung als Edikt entgegentritt. Der neueste und beste Restitutionsversuch ist der von Lenel: Das *edictum perpetuum*, 1883. ed. II. 1907. (Bruns p. 211 sq.)

§ 9.

Die Senatuskonsulte.

Gai. I. 4; 1. 2. § 9. D. *de O. J.* 1, 2; 1. 9. D *de leg.* 1. 3.

Der Senat war von altersher eine beratende Körperschaft und hatte keine gesetzgebende Gewalt. Als ständige Institution bei jährlich wechselnden

Magistraten, die überdies seiner Kontrolle unterlagen, wurde er zur Zeit der Republik naturgemäß der Träger der Staatstradition und dasjenige Organ, welches durch die Magistrate die ganze Verwaltung des Staates leitete. Auf die Gesetzgebung hatte er staatsrechtlich bloß den Einfluß, daß in den Komitien nur solche Gesetzesanträge eingebracht werden sollten, welche vorher die Billigung des Senates erlangt hatten.

Dies anderte sich in der Kaiserzeit, in welcher, wohl schon seit Tiberius, das Gesetzgebungsrecht des Senates außer Zweifel stand. Dieser Umschwung, der nicht durch Gesetz, sondern durch die Praxis bewirkt wurde, war eine Folge des Umstandes, daß einerseits die alte Volksgesetzgebung auf die Dauer mit der neuen Ordnung der Dinge nicht gut vereinbar war, während anderseits die Stellung des Prinzeps doch noch nicht so gefestigt war, um sofort formell die gesetzgebende Gewalt für sich in Anspruch nehmen zu können. Deshalb benützte man hiezu die althergebrachte Institution des Senates, indem man sich, anknüpfend an die herkömmliche Mitwirkung desselben bei der Gesetzgebung mit der Billigung der Vorlage durch den Senat begnügte, ohne erst noch den Volksbeschluß einzuholen. So wurde allmählig das Senatuskonsult für sich allein zum verbindlichen Gesetz, welches Resultat der Jurist Gaius dahin resumiert, daß er sagt: *Senatusconsultum est, quod senatus iubet atque constituit, idque legis vicem optinet* —. Ein solches Senatuskonsult kam dadurch zustande, daß der Prinzeps seinen Gesetzesantrag im Senate vortrug oder von einem der Quästoren daselbst verlesen ließ *(oratio principis)* und der Senat diesem Antrage zustimmte. Bei der tatsächlichen Abhängigkeit der Senatoren vom Prinzeps war diese Zustimmung selbstverständlich und die Einholung derselben nur eine leere Form, weshalb die Juristen später geradezu schon die *oratio* selbst als das Gesetz ansehen. Einer besonderen Publikation bedurfte das Senatuskonsult ebensowenig wie das Volksgesetz (§ 7). Es war zwar keine *lex,* war aber doch *legis vice,* d. h. es hatte gleiche Kraft wie die *lex* und erzeugte wie diese *ius civile* (§ 17).

Überreste privatrechtlich wichtiger Senatuskonsulte sind uns in der Justinianischen Rechtssammlung erhalten. Die inschriftlich überlieferten Fragmente von Senatuskonsulten haben für das Privatrecht so gut wie keine Bedeutung (Bruns, p. 164 sq.).

§ 10.

Die kaiserlichen Konstitutionen.

Gai. I, 5; l. 1, § 1. D. *de const. pr.* I, 4.

Neben der Senatsgesetzgebung, die, wie gezeigt, inhaltlich nur den kaiserlichen Willen zum Ausdruck brachte, tritt uns noch eine andere gesetzgeberische Tätigkeit des Prinzeps entgegen, deren Resultate die *constitutiones principum* sind.

In den ersten Jahrhunderten der römischen Kaiserzeit ist der Prinzeps noch nicht der Souverän, sondern nur der oberste Beamte der Republik. Noch nach der Lehre der Juristen des zweiten Jahrhunderts ist der Souverän das römische Volk *(populus Romanus)*, welches dem Prinzeps auf Grund eines Senatuskonsults die oberste Gewalt durch die sogenannte *lex de imperio* überträgt. Nach Ausweis des uns erhaltenen Fragments der *lex de imperio Vespasiani* (Bruns p. 202 sq.) wird darin unter Anderem dem Prinzeps „das Recht und die Macht" erteilt, „in göttlichen und menschlichen, in öffentlichen und Privatangelegenheiten zu tun und vorzunehmen, was immer zum Frommen und zur Ehre des gemeinen Wesens, dem Prinzeps zu gereichen scheine".

Diesen weittragenden Passus, der in den späteren *leges de imperio* wahrscheinlich ständig wiederkehrte, faßte man dahin auf, daß dadurch dem Prinzeps die freie Handhabung der gesamten Verwaltung überlassen sei. Insbesondere nahmen daraufhin die Kaiser stets die Befugnis für sich in Anspruch, gelegentlich der Rechtsanwendung zweifelhafte Sätze festzustellen (authentische Interpretation), das Recht fortzubilden und auszubauen. Auch die Befugnis, hiebei neues Recht einzuführen, konnte ihnen nicht wohl abgesprochen werden, da solche ja bis auf Hadrian sogar den unter ihnen stehenden Prätoren zukam. Allein diese ganze gesetzgeberische Tätigkeit des Prinzeps steht wesentlich nur im Dienste der Verwaltung und Rechtshandhabung. Sie bewegt sich daher auch nur in den Formen derselben, wonach man die *edicta, decreta, rescripta* und *mandata principis* unterscheidet.

Die *edicta principis* sind öffentlich kundgemachte Verfügungen, die der Prinzeps kraft seines *ius edicendi*, das ihm als oberstem Magistrat zusteht, erläßt. Sofern darin Rechtssätze aufgestellt werden, sind diese Edikte auch Rechtsquellen. Die *decreta principis* sind Urteile, die der Kaiser als oberster Richter in solchen Prozessen fällte, die entweder gleich in erster Instanz vor ihm verhandelt wurden oder die im Wege der Appellation an ihn gelangten. Als Urteile galten diese Dekrete für den einzelnen Fall, den sie entschieden. Als kaiserliche Urteile hatten sie aber auch noch die darüber hinausreichende Bedeutung, daß die in ihnen vom Kaiser zum Ausdruck gebrachten Rechtssätze auch auf künftige gleichartige Streitsachen angewendet werden sollten. Insofern haben sie den Charakter von Gesetzen. Ebenfalls mit der Rechtspflege stehen in Zusammenhang die *rescripta principis*, die bald nach Trajan häufiger werden. Im Unterschied von den Dekreten beziehen sie sich auf Prozesse, die nicht beim Kaiser, sondern bei den Gerichten anhängig waren. Sie sind Antwortschreiben des Prinzeps auf Anfragen der Gerichtsbeamten *(relationes, consultationes, suggestiones)*, oder auf Bittschriften *(libelli, preces, supplicationes)* einer Partei, in welchen er auf Grund des ihm mitgeteilten Tatbestandes dem Petenten die Rechtssätze kundgibt, welche auf den Fall zur Anwendung zu kommen haben. Während

die Dekrete den vor dem Kaiser verhandelten Prozeß unbedingt entscheiden, sind die Reskripte als kaiserliche Gutachten (§ 11) nur eine bedingte Entscheidung, welche bloß für den Fall gilt, daß der dem Kaiser mitgeteilte Tatbestand, der die Basis des Reskripts bildet, sich als richtig erweist *(si preces veritate nituntur)*. Unter dieser Voraussetzung haben sie dann für den einzelnen Fall die Bedeutung eines Urteils, wenn sie aber durch öffentlichen Anschlag kundgemacht worden sind *(proposita sc. epistola)* (was vereinzelt schon unter Trajan, in umfassendem Maße seit Hadrian, vorzugsweise in der kaiserlichen Residenz, aber sicher auch an anderen Orten z. B. in Alexandreia, geschah,) haben sie auch noch eine darüber hinausreichende Geltung insofern, als die in ihnen zum Ausdruck gelangten Rechtssätze als kaiserliche Satzungen auf andere gleiche Fälle anzuwenden sind. Die *mandata* endlich sind Instruktionen des Kaisers an seine Beamten, insbesondere an die Provinzialstatthalter, welche sich auf die Verwaltung des ihnen anvertrauten Amtes beziehen. Ihrem Hauptinhalt nach hatten sie nur administrative Bedeutung, sofern aber der Kaiser darin Rechtssätze aussprach, hatten auch sie gesetzliche Kraft und müssen daher zu den *constitutiones principis* gezählt werden.

Schwerlich hatten alle diese verschiedenen Arten kaiserlicher Konstitutionen von jeher durchaus gleiche Kraft; beispielsweise galten die *edicta* und *mandata* wahrscheinlich nur für die Regierungszeit des Prinzeps, der sie erlassen hatte, bedurften also, was freilich gewöhnlich geschah, einer Bestätigung, beziehungsweise Erneuerung durch den Nachfolger. Sei dem wie ihm wolle, jedenfalls seit Gaius und Pomponius legen die Juristen den kaiserlichen Konstitutionen ohne Unterschied ihrer Art durchaus gleiche Kraft bei. So sagt Ulpian: *Quod principi placuit legis habet vigorem.* Danach ist die *constitutio principis* zwar keine *lex,* hat aber doch die Kraft einer *lex (legis vigorem)* oder ist, wie Gaius sagt, *legis vice,* erzeugt daher nicht *ius honorarium,* sondern wie die *lex ius civile* (§ 17). Dieser *vigor legis* wird von den Juristen auf die *lex de imperio* zurückgeführt, was allmählig zu einer Verschmelzung der *leges datae* (§ 7) der Kaiser und der sonstigen Verordnungen derselben führte.

Die geschilderte Stellung der kaiserlichen Konstitutionen erfuhr eine wesentliche Änderung unter Diokletian (284—305 n. Chr.). Die vollständige Umgestaltung der Staatsordnung, welche durch diesen „zweiten Begründer des Kaiserreiches" vorgenommen wurde, mußte eine wesentliche Steigerung der Bedeutung der kaiserlichen Gesetzgebung zur Folge haben. Von jetzt an ist der Kaiser nicht mehr ein Beamter des Volkes, sondern selbst der Souverän, der die Staatsgewalt nicht mehr als Mandatar des Volkes, sondern kraft eigenen Rechtes hat. Der Staat ist mit einem Worte zur Monarchie und zwar zur absolut-despotischen Monarchie geworden. Die Gesetzgebung steht jetzt auch nominell nicht mehr dem *populus,* sondern unmittelbar nur dem Kaiser selbst zu. Dieser übt sie

jetzt durch Akte, die sich auch schon äußerlich als gesetzgeberische darstellen, nämlich durch Erlassung von *constitutiones generales* oder *edictales (edicta)*, die entweder an den Senat einer der beiden Hauptstädte oder direkt *ad populum, provinciales* u. s. w. oder endlich an einen hohen Reichsbeamten gerichtet werden. Dekrete und Reskripte kommen noch vor, insbesondere Diokletian hat zahllose Reskripte erlassen, werden aber in ihrer Geltung bald auf den einzelnen Fall eingeschränkt, es wäre denn, daß der Kaiser ausnahmsweise allgemeine Geltung des Reskriptes verfügen würde.

Kaisergesetze sind uns in großer Zahl in den Rechtssammlungen überliefert (§ 13, 14). Inschriftlich überlieferte Konstitutionen s. bei Bruns p. 249 sq.

§ 11.

Die römische Rechtswissenschaft.

Gai. I, 7; l. 2. § 49. D. *de O. J.* I, 2; l. 3. C. Th. *de resp. prud.* I, 4.

Die Anfänge einer berufsmäßigen Kenntnis und Pflege des Rechtes liegen bei den *pontifices*. Als Kenner und Hüter des Kalenders und des Sakralrechtes, welche vielfach das weltliche Recht in Geschäft und Prozeß beeinflußten, haben sie auch dieses in den Kreis ihrer Behandlung gezogen. Die Rechtskenntnis, die sich dadurch innerhalb des Kollegiums bildete, pflanzte sich in demselben fort und wurde zu einer Art Geheimwissenschaft der *pontifices*, wodurch die Machtstellung der Patrizier nicht unwesentlich gestützt wurde. Denn wer immer Rechtsgeschäfte schließen oder einen Prozeß führen wollte, tat gut, sich den richtigen Weg von den *pontifices* weisen zu lassen. Dies änderte sich erst im fünften Jahrhundert durch die im Jahre 450 d. St. (304 v. Ch.) von Cn. Flavius, einem Schreiber des *pontifex* Appius Claudius, vorgenommene Veröffentlichung des Kalenders und der von den *pontifices* entworfenen Klagformen *(ius Flavianum)*, sowie dadurch, daß ein halbes Jahrhundert später die Plebejer auch in das Kollegium der *pontifices* Aufnahme erlangten. Gleich von dem ersten plebejischen *pontifex maximus* Tiberius Coruncanius wird es gerühmt, daß er *primus publice ius civile professus est.* Dadurch wurde die bis jetzt angesammelte juristische Tradition der *pontifices* allgemein zugänglich und war der Anfang einer selbständigen Rechtswissenschaft gegeben, die sich bald in reichem Maße entwickelte.

Die Tätigkeit der Juristen war in Rom von jeher eine vorwiegend praktische. Abgesehen von der Mitwirkung bei Rechtsgeschäften *(cavere)*, äußerte sie sich hauptsächlich in der Erteilung von Rechtsgutachten *(responsa)* über konkrete praktische Fälle. Das Gewicht dieser Gutachten richtete sich nach ihrer inneren Begründung und dem Ansehen des Juristen von dem sie herrührten; eine äußere den Richter zwingende Autorität genossen sie an sich nicht. Häufig stand im Prozeß Gutachten gegen Gutachten. Dies führte im Gericht zu einem Kampf der Ansichten *(disputatio*

fori), der schließlich dadurch seinen Abschluß fand, daß die eine Ansicht sich in der Praxis dauernde Anerkennung verschaffte und dadurch zum Gewohnheitsrecht wurde. Eine gesetzliche Kraft hatten somit diese *responsa* noch nicht.

Diese erhielten sie erst in der Kaiserzeit, und zwar schon unter Augustus durch die Verfügung, daß die *responsa* fortan kraft kaiserlicher Autorität erteilt werden. Diese Einrichtung wurde von den späteren Kaisern beibehalten und das *ius respondendi*, welches sie selbst durch Erteilung der Reskripte (§ 10) übten, von ihnen als besonderes Vorrecht an hervorragende Juristen verliehen. Die Form dieser *responsa* wurde dahin bestimmt, daß sie schriftlich und versiegelt gegeben werden sollten. Da ein solches Responsum jetzt unter kaiserlicher Autorität erteilt wurde, war es für den Richter verbindlich, es wäre denn, daß ein widersprechendes Gutachten eines anderen gleichfalls autorisierten Juristen beigebracht wurde. Zunächst kam diese autoritative Geltung nur dem Responsum als solchem zu, bezog sich daher nur auf den einzelnen Prozeß, für den das Responsum erteilt war; bald wurde sie jedoch auch den nicht mehr in der offiziellen Form vorliegenden, sondern in Responsensammlungen enthaltenen Gutachten beigelegt, endlich auch auf die in anderen Schriften der autorisierten Juristen geäußerten Ansichten derselben erstreckt. Dieses Herkommen wurde durch ein Reskript Hadrians bestätigt, welches bestimmte, daß dann, wenn über eine Frage unter den autorisierten Juristen keine Meinungsverschiedenheit bestehe, dieses sogenannte *ius receptum* ebenso wie eine *lex* verbindlich sein sollte, daß dagegen in Fällen des sogenannten *ius controversum*, das heißt in Fragen, betreffs welcher die Juristen verschiedener Ansicht wären, der Richter so zu entscheiden habe, wie er es für richtig hielte.

Ihre Blüthezeit erreichte die Jurisprudenz in der Kaiserzeit; bald nach Beginn derselben entstehen die beiden Schulen der Sabinianer und der Prokulianer, von denen die erstere auf Ateius Capito, die letztere auf M. Antistius Labeo (beide Zeitgenossen des Augustus) zurückgeführt wird. Auf beiden Seiten finden sich berühmte Namen. Zur Schule der Sabinianer gehörten unter Anderen außer Masurius Sabinus (nach dem die Schule benannt wurde) C. Cassius, Salvius Julianus (§ 8), Sextus Pomponius und Gaius, während unter den Prokulianern besonders Sempronius Proculus (daher Prokulianer), Nerva, Pegasus, die beiden Celsus (Vater und Sohn) hervorragen. Um die Mitte des zweiten Jahrhunderts ist dieser Schulgegensatz überwunden und es beginnt die sogenannte klassische Jurisprudenz, als deren berühmtester Vertreter Aemilius Papinianus (unter Septimius Severus und Caracalla), Schüler des Cervidius Scävola, zu nennen ist. Zu seinen Schülern und Nachfolgern gehörten Julius Paulus und Domitius Ulpianus. Als der letzte klassische Jurist gilt Herennius Modestinus. Schon im

dritten Jahrhundert beginnt der Niedergang der römischen Jurisprudenz, der nach Diokletian in einen rapiden Verfall übergeht. Die wissenschaftliche Produktion stirbt ab, das Respondieren der Juristen hört auf, die Fortbildung des Rechtes erfolgt nur mehr im Wege der kaiserlichen Gesetzgebung. Gleichwohl behalten die überlieferten Schriften der großen Vorzeit ihre verbindliche Kraft, der Mangel wissenschaftlicher Befähigung sowie der große Umfang der juristischen Literatur führte aber zu einer Unsicherheit der Praxis in der Anwendung derselben. Welche Schriften galten? Die der autorisierten Juristen. Allein woran sollte man jetzt erkennen, ob der oder jener Jurist seiner Zeit (vor Jahrhunderten!) das *ius respondendi* erhalten hatte? Diese und ähnliche Schwierigkeiten veranlaßten ein Gesetz Theodosius II. und Valentinian III. aus dem Jahre 426, durch welches der Kreis der geltenden juristischen Schriften abgegrenzt und zugleich ihre Geltung dem Sinne der Zeit entsprechend nach äußerlichen Momenten geregelt wurde. Durch dieses sogenannte Zitiergesetz wird vor Allem die Geltung der gangbarsten Schriften, nämlich der des Papinianus, Paulus, Gaius, Ulpianus und Modestinus bestätigt, jedoch mit Ausnahme der *notae* des Paulus und des Ulpian zu Papinian, welche bereits Konstantin verboten hatte; diese *notae* sollten auch fernerhin verboten bleiben. Da Gaius seinerzeit kein *ius respondendi* gehabt hatte, so wurde ihm, dessen Schriften dennoch in den Gerichten gebraucht wurden, dies durch diese Bestätigung gleichsam *ex post* beigelegt. Außer diesen fünf Juristen sollten aber auch noch alle Schriften jedes anderen Juristen gesetzliche Geltung haben, auf den in den Werken eines der genannten fünf Bezug genommen ist. Der nähere Vorgang wurde folgendermaßen geregelt: Sind alle diese Juristen bezüglich einer Frage derselben Ansicht, so sollte diese wie ein Gesetz verbindlich sein. Im Falle einer Meinungsverschiedenheit dagegen sollte die Ansicht gelten, für welche sich die Mehrheit der Juristen ausgesprochen hatte. Bei Stimmengleichheit galt die Ansicht, welche Papinian *(excellentis ingenii vir)* vertreten hatte. Hatte dieser sich über die Frage nicht geäußert, so sollte endlich der Richter nach seinem Ermessen entscheiden.

Überreste der reichen juristischen Literatur sind uns, freilich in zum Teil veränderter Gestalt, erhalten in der Justinianischen Rechtssammlung (§ 14;*) außerhalb derselben sind hier namentlich folgende Schriften hervorzuheben:

1. Gai institutionum commentarii quattuor, aufgefunden 1816 zu Verona in einer bis auf drei Blätter erhaltenen palimpsesten Handschrift.

2. Ulpiani liber singularis regularum gewöhnlich *Ulpiani fragmenta* genannt, in einer 1549 aufgefundenen Vatikanischen Handschrift.

3. Pauli libri quinque sententiarum ad filium in der *lex Romana Visigothorum* (§ 13).

*) Den Zusammenhang der daselbst exzerpierten Juristenschriften sucht herzustellen Lenel Palingenesia iuris civilis. Lipsiae 1889—1892.

4. Endlich Exzerpte der verschiedenen juristischen Schriften in der *collatio legum Romanarum et Mosaicarum* und in den sogenannten *Fragmenta Vaticana* (§ 13).

Ausgaben dieser und anderer Überreste der juristischen Literatur, unter denen die Institutionen des Gaius als das umfassendste erhaltene Originalwerk eines klassischen Juristen die erste Stelle einnehmen, sind Huschke, *Iurisprudentiae anteiustinianeae quae supersunt ed. VI. Lipsiae 1887*, Krueger, Th. Mommsen, Studemund, *Collectio librorum iuris anteiustinianei. Tom. I. ed. V. 1905, II. 1878, III. 1890*)*. Bremer, *iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt, I. II. Lipsiae 1896, 1899, 1901. Fontes iuris Romani Anteiustiniani I. S. Ricobono II. J. Baviera. Florenz 1909.*

§ 12.

Das römische Gewohnheitsrecht.

§ 3, 9. J. *de iure nat.* I, 2; C. *quae sit. l. cons.* VIII, 53,

Das auf den bisher behandelten Rechtsquellen (§§ 7—11) beruhende Recht wird von den Römern als *ius scriptum* bezeichnet. Von diesem unterscheiden sie als *ius quod ex non scripto venit* das Gewohnheitsrecht, *(mores, consuetudo)*. Dieses war auch in Rom das älteste Recht. Durch das Zwölftafelgesetz, welches seinen Inhalt zum weithin größten Teil dem Gewohnheitsrecht entnahm, ging es in gesetzliches Recht über. Doch knüpfte sich an die zwölf Tafeln bald wieder in Gestalt der sogenannten *iuterpretatio* (verschieden von der im § 4 behandelten Interpretation) eine gewohnheitsrechtliche Fortbildung des Rechtes, welches durch Pontifikaljurisprudenz und Praxis vermittelt wurde. In Folge der wachsenden Bedeutung des prätorischen Edikts, weiter des Aufkommens der kaiserlichen Gesetzgebung und der rechtserzeugenden Kraft der Jurisprudenz minderte sich die Ergiebigkeit des Gewohnheitsrechtes, da den neuen Anforderungen des Lebens jetzt schneller und bequemer abgeholfen wurde. Nur wenige Rechtssätze werden seitdem auf das Gewohnheitsrecht zurückgeführt, als Rechtsquelle wird es aber auch jetzt noch immer anerkannt. Nach der Lehre der Juristen hat er als *tacitus consensus populi*, d. i. des Souveräns, gleiche Kraft mit der *suffragio* beschlossen *lex* (§ 7) und kann insbesondere auch eine *lex* aufheben. Durch ein Gesetz Konstantins wurde diese Kraft dem lokalen (provinziellen) Gewohnheitsrecht abgesprochen.

§ 13.

Rechtssammlungen bis auf Justinian.

Durch die geschilderten (§§ 7—12) Rechtsquellen war im Laufe der Zeit ein gewaltiger Rechtsstoff geschaffen worden. Innerhalb desselben unterschied man in der christlichen Kaiserzeit zwei Massen: das *ius* und

*) Neuere Funde sind die Berliner Fragmente Ztsch. d. Sav. Stift I. S. 93, II. 73 fg.; Sinaischolien zu Ulpians *libri ad Sabinum* Ztsch. IV. S. 1 fg.; Pariser Fragm. aus Papinians Responsen Ztsch. V. S. 116 fg.; Juristische Fragm. der Sammlung Erzherzog Rainer Ztsch. IX. S. 144, 394 fg.; Paulus-Bruchstücke Ztsch. XVIII. S. 224 fg.; Pseudo-Gaius von Autun Ztsch. XX. S. 235 fg., XXIV. S. 375 fg.; Bruchstücke aus Ulpian's Disputationen Ztsch. XXIV. S. 416 fg.

die *leges*. Unter dem *ius* verstand man das aus der klassischen Zeit überkommene in den Schriften der Juristen verarbeitete Recht, während als *leges* die neueren Kaisergesetze seit Konstantin bezeichnet wurden.

Das *ius* hatte in den Schriften der klassischen Juristen seinen Abschluss gefunden. Auf die alten Quellen desselben wurde nicht mehr zurückgegangen, es galt in der Gestalt, welche es in den Schriften der Juristen erhalten hatte, deren Geltung und Benützung durch das Zitiergesetz (§ 11) geregelt war. Herkömmlich rechnete man zum *ius* auch noch private Sammlungen, älterer Kaisergesetze, nämlich den *codex Gregorianus* (gegen 295 n. Chr.) und den *codex Hermogenianus* (zwischen 314 und 324 n. Chr.). Ersterer enthielt Konstitutionen aus der Zeit des Septimius Severus bis auf Diokletian, letzterer war eine ergänzende Nachtragssammlung zu ersterem, in welcher die zahlreichen Reskripte der Diokletianischen Zeit zusammengestellt waren.

Eine Sammlung der *leges*, und zwar der *leges generales*, welche seit Konstantin erlassen worden waren, veranstaltete erst Theodosius II. in dem von ihm am 15. Februar 438 mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 439 publizierten *codex Theodosianus*. Die darin aufgenommenen Kaisergesetze sollten von jetzt an nur mehr in der Gestalt gelten, in der sie im Kodex erschienen. Alle nicht aufgenommenen Konstitutionen dieser Zeit (seit Konstantin) wurden aufgehoben, so daß jetzt der *codex Theodosianus**) die einzige Quelle für das seit Konstantin entstandene neue kaiserliche Recht war. Die Gregorianische und die Hermogenianische Konstitutionensammlung, welche, obwohl Privatarbeiten doch in den Gerichten benützt worden sind, wurden dadurch nicht berührt, vielmehr der Gebrauch derselben bestätigt. Noch im Jahre 438 wurde der *codex Theodosianus* vom weströmischen Kaiser Valentinian III. im Senate von Rom für die abendländische Reichshälfte als Gesetz publiziert. Dasselbe geschah vermöge der zwischen den Kaisern getroffenen Vereinbarung mit späteren Gesetzen (nachtheodosischen Novellen) der oströmischen Kaiser Theodosius II., Marcianus und Leo.

Theodosius II. hatte im Interesse der wünschenswerten Reduktion des Rechtsstoffes auch noch eine *leges* und *ius* umfassende Sammlung geplant, doch kam dieser Plan nicht zur Ausführung.

Auf das unleugbare Bedürfnis der Rechtsvereinfachung ist wohl auch eine umfassend angelegte Rechtssammlung berechnet, die uns bruchstücksweise erhalten ist und als *Fragmenta Vaticana* (aufgefunden 1821 in einem Palimpsest der Vatikanischen Bibliothek s. § 11) bezeichnet wird. Diese im Okzident nach dem Hermogenianischen und vor dem Theodosianischen Kodex (zwischen 372 und 438 n. Chr.) entstandene Sammlung umfaßt neben kaiserlichen Konstitutionen auch noch Exzerpte aus Schriften der Juristen. Ob sie auf amtlichen Auftrag beruhte oder bloße Privatarbeit war, muß dahingestellt bleiben, keinesfalls ist eine kaiserliche Genehmigung der Sammlung nachweisbar.

*) Die neueste Ausgabe ist *Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis edidit, adsumpto apparatu P. Kruegeri, Th. Mommsen. Berolini apud Weidmannos 1905.*

Auch in den germanischen Reichen, welche in der Völkerwanderung auf dem Boden des untergegangenen weströmischen Reiches errichtet worden sind, wurden offizielle Zusammenstellungen und Bearbeitungen des römischen Rechtsstoffes vorgenommen, die eigentlich schon außerhalb des Rahmens der römischen Rechtsentwicklung fallen. Es sind dies die sogenannten *leges Romanae barbarorum*, welche den vorgefundenen für die römische Bevölkerung (§ 1) geltenden überreichen Rechtsstoff für die neuen Verhältnisse brauchbar machen sollten. Solcher gibt es drei: das *edictum Theodorici* (um 500, jedenfalls erst nach 493), die *lex Romana Burgundionum (forma et expositio legum conscripta)*, mißverständlich auch Papianus genannt, spätestens vor 534 n. Chr., wahrscheinlich aber noch vor 516 n. Chr., endlich die *lex Romana Wisigothorum* (506 n. Chr.) seit dem sechzehnten Jahrhundert *Breviarium Alarici (Alaricianum)* genannt. Die beiden letzteren Gesetze galten (als persönliches Recht) nur für die römische Bevölkerung, nicht für die Burgunder und Westgoten, während das *edictum Theodorici*, entsprechend der Vorstellung, daß Theodorich römischer Statthalter, die Goten römische Soldaten seien, für Römer und Goten verbindlich sein sollte (§ 1). Die für uns wichtigste *lex Romana* ist das *Breviarium Alarici*, denn während die beiden anderen Gesetze den römischen Rechtsstoff verarbeitet in oft kaum kenntlicher Gestalt wiedergeben, hat das westgotische Gesetz den aufgenommenen Text nicht umgestaltet, sondern höchstens auszugsweise oder abgekürzt mitgeteilt. Epitomiert sind darin der *codex Theodosianus*, nachtheodosische Novellen, *Gai institutiones*, in einer wahrscheinlich schon damals vorhandenen verstümmelten Bearbeitung (sogenannte *epitome Gai*), die Sentenzen des Paulus (§ 11), der *codex Gregorianus* und *Hermogenianus*, endlich eine Stelle aus Papianus *lib. I. responsorum*.*)

§ 14.

Die Justinianische Gesetzgebung.

Als Justinian 527 zur Regierung kam, beruhte das in seinem Reiche geltende Recht auf den Schriften der Juristen (in den ihrer Geltung durch das Zitiergesetz § 11 gezogenen Grenzen), dem Gregorianischen und Hermogenianischen Kodex, ferner auf dem *codex Theodosianus*, endlich auf den nach diesem erlassenen Novellen. Bald nach Antritt seiner Regierung ging Justinian daran, diesen gesamten Rechtsstoff, und zwar *leges* und *ius*, in eine offizielle Sammlung zu bringen. In überraschend kurzer Zeit wurde diese „Riesenarbeit“ unter vorzugsweiser Beihilfe Tribonians zu Ende gebracht. Mit der Vollendung dieses großartigen Gesetzeswerkes trat das gesamte bisherige Recht außer Kraft. Die Schriften der Juristen, wie die

*) Eine Verarbeitung römischen Rechtsstoffes im Orient in der Zeit vom Theodosischen Kodex bis Justinian (wahrscheinlich zwischen 471—477) enthält das syrisch-römische Rechtsbuch. In seinen nichtrömischen Bestandteilen gibt es syrisches Provinzialrecht, welches dem Kern nach griechisches Recht ist. Es ist uns erhalten in zwei syrischen, einer arabischen und einer armenischen Version, herausgegeben ist es von Bruns und Sachau 1880.

früheren Kaisergesetze, verloren dadurch ihre selbständige Geltung, fortan galten sie nur mehr als Bestandteile des Justinianischen Gesetzeswerkes, also nur soweit als und nur so wie sie in dasselbe aufgenommen waren. Das kaiserliche Gesetz hatte alles durch die alten Quellen geschaffene Recht absorbiert.

Den Anfang machte Justinian mit der Sammlung der Kaisergesetze. Durch den an den Senat von Konstantinopel gerichteten Erlaß vom 13. Februar 528 *(const.: Haec quae necessario)* setzte er zu diesem Zwecke eine Kommission von zehn Männern ein, mit dem Auftrage, das in dem *codex Gregorianus, Hermogenianus* und *Theodosianus* enthaltene Material, sowie die seither ergangenen Kaisergesetze, zu einem neuen *codex Justinianus* zu benennenden Gesetzbuch zu verarbeiten. Die Kommission erhielt die Instruktion, die wortreichen Einleitungen der *leges generales* zu streichen, Veraltetes, Überflüssiges und Wiederholungen wegzulassen, nach Bedarf Änderungen vorzunehmen und Zusätze beizufügen. Die aufgenommenen Konstitutionen sollten nach Maßgabe ihres Inhalts in Titel verteilt und in diesen nach chronologischer Folge mit Nennung des Kaisers, der sie erlassen und Anführung des Datums geordnet werden. Bereits am 7. April 529 wurde das Werk, und zwar mit Gesetzeskraft vom 16. April 529, durch die *const.: Summa reipublicae* zum Gesetz erhoben.

Schwieriger war die Kodifizierung des Juristenrechtes. Sie wurde vorbereitet durch die sog. *quinquaginta decisiones*, d. h. durch Einzelgesetze Justinians, durch welche die wichtigsten Streitfragen der Juristen entschieden, sowie veraltete Institute und Rechtssätze aufgehoben wurden. Erst nachdem dadurch der Boden geebnet war, ordnete Justinian durch Erlaß vom 15. Dezember 530 *(const.: Deo auctore)* an, daß nach Herstellung des *codex constitutionum* nun auch ein *codex iuris enucleati* aus den Schriften der Juristen angefertigt werden solle. Mit der Ausführung der Arbeit wurde Tribonian, der mittlerweile zum *quaestor sacri palatii* (Justizminister) erhoben worden war und der auch schon der ersten Kommission als Mitglied angehört hatte, betraut. Diesem war auch die Auswahl der Gehilfen überlassen. Die Instruktion ging dahin, daß aus den Schriften der im Zitiergesetze bestätigten Juristen alles noch Brauchbare exzerpiert werden solle; die zu ernennende Kommission sollte nach freiem Ermessen bestimmen, was davon aufzunehmen sei, ohne im Sinne des Zitiergesetzes eine Stimmenzählung vornehmen zu müssen. Alle Schriften der übrigen Juristen sollten unberücksichtigt bleiben. Dagegen wurde die noch im Zitiergesetz enthaltene Verwerfung der *notae* des Paulus und Ulpian zu den Schriften Papinians außer Kraft gesetzt. Aus dieser großen Masse sollte dann das gegenwärtig noch Praktische ausgehoben und mit den nötigen Abänderungen in ein einziges Werk zusammengestellt werden. Jeder einzelne Satz desselben sollte dann nicht mehr als Ausspruch des betreffenden Juristen, sondern als kaiserliches Gesetz gelten. Die Sammlung solle in 50 Bücher, diese in Titel zerlegt werden und sich in der inneren Ordnung, je nach dem Gutbefinden der Kommission, dem *codex constitutionum* oder dem *edictum perpetuum* anschließen und den Namen: *Pandectae* oder *Digesta* führen.

Unter der Leitung Tribonians vollendete die Kommission, welche noch aus sechzehn anderen Mitgliedern bestand, das Werk nach Ablauf von drei Jahren. Am 16. Dezember 533 wurde es durch das in lateinischer und griechischer Sprache ausgefertigte Publikationspatent *(const.: Tanta)* und *Δέδωκεν)*, und zwar mit Wirksamkeit vom 30. Dezember 533, als Gesetz publiziert. Um neue Rechtsverwirrung zu verhüten, wurden Abbreviaturen *(sigla)* beim Abschreiben, sowie Kommentare der Sammlung strengstens verboten, nur Übersetzungen ins Griechische, Verweisungen auf andere Stellen *(παραπομπαί)* und Summarien einzelner Titel *(παράτιτλα)* waren gestattet. Mehr als 2000 *libri* von 39 Autoren sollen exzerpiert worden sein; der Stoff wurde im Wesentlichen nach dem System des *edictum perpetuum* geordnet. Mit Rücksicht auf den Rechtsunterricht wurde das Werk in sieben *partes (πρῶτα, de iudiciis, de rebus, umbilicus, pars quinta, sexta* und *septima)* zerlegt, welche in die bereits erwähnten fünfzig Bücher, diese wieder in Titel, zerfielen. In die Titel sind dann die einzelnen Exzerpte eingereiht, und zwar jedes mit Angabe des Juristen und des Werkes dem es entnommen ist. Von dem Recht, Änderungen vorzunehmen, hat die Kommission häufig Gebrauch gemacht; vielfach wurden dort, wo das Exzerpt mit dem geltenden Rechte nicht stimmte, oder wo man dies überhaupt ändern wollte, Abstriche, Zusätze und andere Abänderungen gemacht (sog. Interpolationen oder *emblemata Triboniani*), Widersprüche sind trotz der gegenteiligen Versicherung Justinians nicht vermieden worden, ebenso finden sich Wiederholungen *(leges geminatae)*. Mit Beginn der Geltung der Pandekten erlosch die Geltung der Juristenschriften. Ihre fernere Benützung war verboten. Das ehemalige Juristenrecht galt jetzt nur noch als kaiserliches Gesetz in der Gestalt der Pandekten. Daß es in diese nicht verarbeitet, sondern im großen und ganzen unverändert aufgenommen wurde, ist für die Geschichte des Rechtes von unschätzbarem Werte.

Während man noch mit der Abfassung der Pandekten beschäftigt war, wurden Tribonian dann die beiden Rechtslehrer *(antecessores)* Theophilus und Dorotheus vom Kaiser beauftragt, ein zu der neuen Ordnung passendes Lehrbuch für den Rechtsunterricht herzustellen. Das von ihnen gelieferte Operat wurde am 21. November 533 durch den an die studierende Jugend gerichteten Erlaß *(const.: Imperatoriam maiestatem)* bestätigt und zugleich mit Gesetzeskraft versehen. Es sollte gleichzeitig mit den Pandekten (30. Dezember 533) in Wirksamkeit treten. Die *institutiones Justiniani* sind Lehrbuch und Gesetz zugleich. In ersterer Eigenschaft waren sie für Anfänger als Einleitung in das Rechtsstudium bestimmt. Sie schließen sich was Inhalt und Anordnung anbelangt vorwiegend an die Institutionen des Gaius an. Sie zerfallen in vier Bücher, diese wieder in Titel, welche in Paragraphe geteilt sind.

Seit der Publikation des Kodex waren die *quinquaginta decisiones* und andere kaiserliche Gesetze erlassen worden. Dieser Umstand sowie wohl auch die gelegentlich der Redaktion der Pandekten und Institutionen vorgenommenen Rechtsänderungen machten, sollte die Kodifikation Justi-

nians nicht schon von Anfang an unvollständig sein, eine Revision des Kodex notwendig. Mit der Vornahme dieser *repetita praelectio* betraute Justinian eine aus fünf Mitgliedern bestehende Kommission, und zwar abermals unter dem Vorsitze des bewährten Tribonian. Im Laufe eines Jahres beendigte diese das Werk, welches am 16. November 534 durch die *const.: Cordi nobis,* und zwar mit Gesetzeskraft vom 29. Dezember 534, als Gesetzbuch publiziert wurde. Dadurch wurde der *codex vetus* vom Jahre 529 aufgehoben. Der neue Kodex *(codex Justiniani repetitae praelectionis)* zerfällt in zwölf Bücher, diese in Titel, welchen die einzelnen Konstitutionen in chronologischer Folge mit dem Namen des betreffenden Kaisers und wo tunlich dem Datum einverleibt sind. Soweit nötig wurden auch hier Interpolationen vorgenommen. Die Anordnung des Stoffes schließt sich im Wesen dem System der Digesten an. Wir besitzen nur diesen neuen Kodex.

„So wie das *ius* nur noch in der Form des Digestenwerkes, so gilt das Kaiserrecht nur noch in der Form des neuen Kodex von Justinian."

Mit dem *codex repetitae praelectionis* war die Kompilation Justinian abgeschlossen. Institutionen, Pandekten und Kodex traten an die Stelle des bisherigen Rechtes. Obwohl mehrere verschiedene nicht gleichzeitig erlassene Gesetze, sind sie im Sinne Justinians doch als ein Gesetzeswerk, mit a. W. als Teile eines Gesetzbuches anzusehen. Mit der Vollendung dieses Werkes hörte aber die gesetzgeberische Tätigkeit Justinians nicht auf. Wie voraussichtlich haben sich später manche Rechtsänderungen als notwendig oder doch erwünscht herausgestellt, die dann Justinian durch spätere Gesetze, die s. g. *novellae (constitutiones),* Novellen, vornahm. Die Zahl dieser in die Jahre 535—565 fallenden zum Teil sehr umfassenden und tief eingreifenden Gesetze ist eine große, sie beträgt 155;*) sie sind fast durchweg in griechischer Sprache abgefaßt. Die offizielle Sammlung dieser Gesetze, welche Justinian gleich im vorhinein bei der Publikation des neuen Kodex in Aussicht gestellt hatte, kam nicht zu Stande. Wir besitzen nur Privatsammlungen derselben. Diese Novellen bilden in ihrer Gesamtheit kein Gesetzbuch, jede Novelle ist vielmehr ein für sich bestehendes selbständiges Gesetz. Folgeweise gilt im Verhältnis der einzelnen Novellen zu einander und zu dem einheitlichen Werk der Kompilation (Institutionen, Pandekten, Kodex) der Satz: *lex posterior derogat priori* (§ 4 S. 8), während dieser innerhalb der Kompilation selbst, welche als ein Gesetz anzusehen ist, keine Anwendung findet. Widersprechende Bestimmungen innerhalb der Kompilation schließen sich daher gegenseitig aus, da die einzelnen Stücke derselben, obwohl nicht gleichzeitig erlassen, doch als gleichzeitig gelten. Es ist daher im Falle eines Widerspruchs so, als wenn in der Kompilation über den betreffenden Gegenstand nichts bestimmt wäre.

Nach der Vernichtung der ostgotischen Macht hat Justinian seine Gesetzeswerke durch die *const.: pro petitione Vigilii* aus dem Jahre 554

*) Die in den Ausgaben des *corpus iuris civilis* übliche Sammlung zählt 168 Novellen. Davon gehören nur 155 Justinian an, 7 seinen Nachfolgern, 3 sind Erlässe von *praefecti praetorio,* 3 kommen doppelt vor.

auch in Italien publiziert. Von dort aus haben sie dann durch Vermittlung der späteren italienischen Rechtswissenschaft die Welt erobert.

Die geschilderten Gesetze Justinians: Institutionen, Pandekten, Kodex und Novellen, machen den Inhalt des *corpus iuris civilis* aus. Von den Glossatoren wurden noch Gesetze Friedrich I. und II. angehängt. Die älteste Gesamtausgabe mit dem Titel *corpus iuris civilis* ist die von Dionysius Gothofredus, Lugd. 1583. Bis dahin wurden nur Drucke einzelner Teile angefertigt. Die neueste Ausgabe ist die von Mommsen, Krueger und Schoell (Kroll): *corpus iuris civilis, editio stereotypa, Berolini 1872—1895.*

Die heutzutage noch meist übliche Zitierweise der Bestandteile des *corpus iuris* ist folgende:

1. Institutionen. Das Zeichen derselben ist das große J.. Da die Titel in Paragraphen zerfallen, denen als Eingang das s. g. *proëmium* oder *principium (pr.)* vorgeht, so zitiert man zum Beispiel:

pr.: J. *de rerum divis.* II, 1.

§ 2. J. *de rerum divis.* II, 1.

Die Zitate bedeuten: das zweite Buch der Institutionen (J.), darin den ersten Titel, welcher die Überschrift führt: *de rerum divisione,* und zwar aus diesem Titel in dem einen Falle das *principium,* in dem anderen den § 2.

2. Die Pandekten oder Digesten. Das Zeichen für dieselben ist das große D. Für die Zitierweise derselben kommt nur die Gliederung derselben in Bücher, Titel und einzelne Exzerpte in Betracht. Man zitiert:

l. 3. D. *de rei vindicatione* VI, 1.

Das bedeutet: das sechste Buch der Digesten, in diesem den ersten Titel, der überschrieben ist: *de rei vindicatione,* darin das mit Z. 3. bezeichnete Fragment. Gewöhnlich werden die Fragmente mit l. *(= lex)* mitunter auch mit fr. *(= fragmentum)* bezeichnet.

Größere Fragmente sind in Paragraphe geteilt, denen ein *principium* vorgeht. Dann zitiert man zum Beispiel:

l. 5. *pr.* § 2. D. *de rei vindicatione* VI, 1.

Dies heißt, daß von dem fünften Fragment des ersten Titels im sechsten Buch nur der Eingang und § 2 bezogen werden.

Die Bücher XXX, XXXI und XXXII *(de legatis et fideicomissis)* zerfallen nicht in Titel, sondern sofort in die einzelnen Fragmente. Man zitiert sie als *de legatis* I (= 30. Buch), *de legatis* II (= 31. Buch), *de legatis* III (= 32. Buch). Das Zitat:

l. 8. § 1. D. *de legatis* I bedeutet somit das 30. Buch, in diesem das 8. Fragment und hiervon nur den § 1.

3. Der Kodex. Das Zeichen des Kodex ist das große C. Im übrigen ist die Zitierweise hier dieselbe wie bei den Pandekten. Das Zitat:

l. 30 *pr.* § 2 C. *de iure dotium* V. 12

bedeutet daher das fünfte Buch des Kodex, darin den zwölften Titel mit der Überschrift *de iure dotium,* in diesem die mit Z. 30 versehene

Konstitution, und zwar von dieser nur das *principium* und den § 2. Mitunter wird statt l. 30, auch c. *(= constitutio)* 30 gesetzt.*)

4. Die Novellen endlich werden nach Zahl, Kapitel und Paragraphen zitiert, zum Beispiel:

Nov. 118 c. 3, § 1.

Dies bedeutet die 118. Novelle, von dieser das dritte Kapitel, und zwar nur den § 1. Der vor dem ersten Kapitel stehende Eingang wird auch als *proëmium* oder als *praefatio* bezeichnet, z. B. *Nov.* 115. *praef.* c. 2 = Eingang und zweites Kapitel der 115. Novelle.

§ 15.

Erkenntnisquellen des römischen Rechtes.

Die Ergebnisse der in den §§ 7—14 dargestellten Rechtsquellen sind die Erkenntnisquellen des römischen Rechtes. Außerdem kommen als solche in Betracht die Schriften nicht-juristischer Schriftsteller, sofern selbe, wie z. B. Cicero in seinen Reden und Briefen, auf Rechtsfragen Bezug nehmen, ganz besonders aber die Urkunden über Rechtsgeschäfte, als da sind Schenkungen, Testamente, Käufe, Darlehen usw., welche uns erhalten sind. Von diesen sollen hier hervorgehoben werden die siebenbürgischen Wachstafeln (aufgefunden 1786—1855 in den Goldbergwerken von Vöröspalak in Siebenbürgen) und die Pompejaner Quittungstafeln (aufgefunden 1875 in Pompeji (s. Bruns': *negotia p.* 328 sq.).

Für die Kenntnis des Rechtszustandes in den Provinzen, speziell in Aegypten sind von Bedeutung die zahlreichen Rechtsurkunden, welche im Laufe der Zeit u. z. 1778, in den zwei ersten Dezennien des neunzehnten Jahrhunderts, dann seit 1877 (in den Ruinen von el Fayuum) aufgefunden worden sind. Selbe stammen teils aus ptolomäischer, teils aus römischer, teils aus byzantinischer Zeit. Meist sind sie in griechischer Sprache geschrieben, sie enthalten Rechtsgeschäfte verschiedenster Art und Prozeßakten, aber auch einzelne kaiserliche Konstitutionen (*orationes* und Reskripte) und obrigkeitliche Edikte (der *praefectus Aegypti*). Sie sind lehrreich für griechisches und römisches Recht, illustrieren die Handhabung des römischen Rechtes in Aegypten, zeigen die Beeinflussung der Praxis durch griechisches Recht und sind für die Kenntnis der Fortbildung des römischen Rechtes insofern von Bedeutung, als sie uns manche justinianische Neuerungen nur als gesetzliche Fixierungen bestehender Übung erkennen lassen. Von den Sammlungen solcher Urkunden seien hier genannt: Aegyptische Urkunden aus den königl. Museen in Berlin, Griechische Urkunden, Berlin 1892, *Corpus papyrorum Raineri Archiducis Austriae.* Vol. I. Wien 1895.**)

*) Eine andere jetzt auch bei Juristen nicht seltene Zitierweise ist: J. II. 1. 2; D. VI. 1. 3; C. V. 12, 30. 2. Dabei bedeutet der Buchstabe das Gesetzeswerk (Institutionen, Digesten, Kodex), die römische Ziffer das Buch, die erste arabische Ziffer den Titel, die zweite und dritte endlich die Unterabteilungen desselben.

**) Vgl. Mitteis, S. 290 fg., ferner „Grundzüge und Chrestomathie der Papijruskunde" von L. Mitteis und U. Wilcken. 2 Bände. 1911.

Zweiter Teil.

System des römischen Privatrechtes.

§ 16.

Ius civile und *ius gentium.*

Gai. I, 1; § 1, 2. J. *de iure nat.* I, 2.

Nach der Lehre der römischen Juristen zerfällt das römische Recht seinem Inhalt nach in *ius civile* und *ius gentium*. *Ius civile* in diesem Gegensatz bedeutet das nationale spezifisch römische Recht, *ius gentium* dagegen das aus dem internationalen Verkehr geschöpfte und deshalb anationale Recht. Ersteres führen sie zurück auf die *civilis ratio*, die spezifisch römische Anschauung, letzteres auf die *naturalis ratio*, die Anschauungen der gebildeten Völker des Altertums. In diesem Sinne ist ihnen zum Beispiel die Sklaverei ein Institut des *ius gentium*. Aber auch das *ius gentium* der römischen Juristen ist römisches Recht und nicht etwa ein fremdes Recht. Während aber das *ius civile* nur die Rechtssätze begreift, die dem römischen Volke eigentümlich sind, die das *proprium ius* desselben bilden, umfaßt das *ius gentium* im Großen und Ganzen die Sätze des römischen Rechtes, welche von fremden Völkerschaften herstammen, den Römern nicht eigentümlich auch bei den übrigen Völkern des Altertums in Geltung sind, bildet somit den Teil des römischen Rechtes, der mit den Rechten der übrigen Völker sich in Übereinstimmung befindet. In diesem Sinne wird es als das *ius* bezeichnet *quo omnes gentes utuntur*.

Der Gegensatz zwischen *ius civile* und *gentium* beherrscht die Geschichte des römischen Rechtes. Der Ausgangspunkt ist der, daß das römische Recht ursprünglich fast durchgehends ein nationales Gepräge hat, also *ius civile* ist. Die ganze Rechtsordnung ist ausschließlich auf den Bürger *(civis)* angelegt, der Nichtbürger ist rechtlos. Die einzelnen Rechtsinstitute haben einen streng national-römischen Charakter; Ehe, Familie, Eigentum, gewisse Schuldverhältnisse, Erbrecht, sind spezifisch römisch, daher nur dem Bürger zugänglich, dem Nichtbürger verschlossen. Desgleichen sind auch die Geschäfte des ältesten Rechtes, wie die *mancipatio, in iure cessio* und andere nur auf den Bürger zugeschnitten, die Intervention eines Nichtbürgers, wäre es auch nur als Geschäftszeuge, macht sie ungiltig. Zwar wurde insbesondere stammverwandten Völkern durch Staatsverträge eine gewisse Rechtsgemeinschaft in größerem oder beschränkterem Umfange zugestanden, allein das waren doch nur Ausnahmen, darüber hinaus blieb es bei der geschilderten Regel.

An die Seite dieses national exklusiven Rechtes tritt um den Anfang des sechsten Jahrhunderts d. St. das anationale *ius gentium*. Die Anfänge desselben liegen schon in den vorerwähnten „Staatsverträgen", greifbare Gestalt erhält es erst in der römischen Peregrinenjurisdiktion (§ 8). Als infolge der Ausdehnung der römischen Herrschaft die Römer in den Weltverkehr eintraten, mit Griechen, Phöniziern, Ägyptern, Juden u. s. w. in Verkehr und Beziehung kamen, reichte das bloß auf den Verkehr des Bürgers mit dem Bürger berechnete *ius civile* nicht mehr aus. Die Geschäfte der Römer mit Peregrinen und dieser untereinander bei den römischen Gerichten nach römischem *ius civile* zu beurteilen, hätte soviel wie Verweigerung jeder Rechtshilfe bedeutet, da solche Geschäfte vom Standpunkt des *ius civile* aus von vornherein keinen Rechtsbestand haben konnten. Dasselbe wiederholt sich beim Eigentum des Peregrinen, da das *ius civile* ja bloß römisches Eigentum kannte, dessen wieder nur der römische Bürger, nicht der Peregrine, fähig war u. s. w. Wollte man in solchen Fällen wirklich einen Rechtsschutz gewähren, so mußte man bei der Beurteilung solcher Geschäfte und Verhältnisse von den spezifisch römischen Formen und Satzungen ganz Umgang nehmen und lediglich das beachten, was die tatsächlichen Vorgänge redlichen Geschäftsverkehres, was die Verkehrssitte, die Natur und das Wesen der Sache verlangten. Von da aus kamen in den Peregrinen- und Provinzial-Jurisdiktionen neue Geschäfte und Rechtsverhältnisse auf, die von Haus aus nicht bloß auf den Bürger, sondern unterschiedslos auf Bürger und Nichtbürger berechnet waren, wie z. B. die Hypothek. — traten ferner an die Seite der alten zivilen Rechtsinstitute neue Parallelinstitute des *ius gentium*, neben die römische Ehe die Ehe des *ius gentium* (§ 105), neben das römische Eigentum das Eigentum *ex iure gentium* (§ 44) usw. Daß diese neuen Rechtsgebilde des römischen Rechtes vielfach Anschauungen und Rechte der hochentwickelten Peregrinenvölker des Altertums, der Griechen, Phönizier, Ägypter u. a. zum Ausgangspunkt hatten, kann heute nicht mehr bezweifelt werden.

So haben wir schon im vorletzten Jahrhundert der Republik, einerseits das alte in strengen Formen sich bewegende *ius civile*, anderseits das junge, lebenskräftige, der Natur der Sache Ausdruck gebende *ius gentium*. Ist jenes *ius strictum*, so ist dieses *ius aequum*, das von der Billigkeit durchdrungene Recht. Die weitere Rechtsentwicklung ist dann die, daß das *ius gentium* an Umfang immer mehr zunimmt, das römische Recht immer mehr und mehr durchsetzt, bis endlich das *ius civile* zur leeren Rechtsform wird, Edikt (§ 8), Jurisprudenz (§ 11) und kaiserliche Gesetzgebung (§ 10) arbeiteten in dieser Richtung. Zur Zeit der klassischen Juristen der Kaiserzeit ist der Sieg des *ius gentium* über das *ius civile* bereits entschieden. Justinian hat ihn nur insofern noch vervollständigt, als er auch noch die letzten Reste des alten *ius civile*, die ohnedies schon fast jeder praktischen Bedeutung entbehrten, anläßlich der Kodifikation beseitigte.

Darin, daß das *ius gentium* im römischen Recht das *ius civile* überwunden hat, wurzelt die welthistorische Bedeutung des römischen Rechtes, denn gerade in dem römischen *ius gentium* ist die Summe des juristischen Denkens und Wissens des ganzen Altertums niedergelegt. Dadurch, daß die Römer nicht in dem national-engherzigen *ius civile* stecken blieben, sondern die Ergebnisse tausendjähriger juristischer Arbeit anderer Kulturvölker selbständig in einer ihrer eminenten juristischen Begabung entsprechenden Weise zu ihrem *ius gentium* verarbeiteten, haben sie ihr Recht zur *ratio scripta* erhoben und es geeignet gemacht, die Weltherrschaft anzutreten, die es bis in unsere Tage behauptet hat.

§ 7. *Ius civile* und *ius honorarium*. *Ius naturale*.

§ 7. J. *de iure nat.* I. 2; § 1. 2. J. *eod.*

Der Ausdruck *ius civile* wird nicht nur im Gegensatze zu dem *ius gentium*, sondern auch im Gegensatz zu dem *ius honorarium* gebraucht. Dann bedeutet *ius civile* dasjenige Recht, welches auf einer römischen *lex* (§ 7) oder einer solchen Rechtsquelle beruht, welche *legis vicem optinet* (§§ 9—12). In diesem Sinne ist das durch *lex* und *plebiscitum*, Senatuskonsult, *constitutiones principum*, Jurisprudenz und Gewohnheitsrecht geschaffene Recht *ius civile*, während das *ius honorarium* nur das auf den magistratischen Edikten (§ 8) beruhende Recht ist *(ius praetorium, aedilicium)*. Der Einteilungsgrund ist hier somit nicht wie im § 16 dem Inhalt, sondern dem formalen Moment der Rechtsquellen entnommen. Dem Inhalt nach kann das was *lex* ist oder *legis vicem optinet*, somit zum *ius civile* in diesem Sinne gehört, sowohl *ius civile* im Sinne des vorigen Paragraphen, als auch *ius gentium* sein. Ist doch letzteres gerade durch Kaisergesetze und Juristenrecht, welche beide *legis vicem optinent*, ganz besonders gefördert worden.

Ius naturale endlich bedeutet bei den Römern Verschiedenes. Ulpian versteht darunter das Recht, *quod natura omnia animalia docuit*, d. h. die Rechtssätze, welche Lebensverhältnisse regeln, die schließlich auf animalischen Trieben des Menschen beruhen, *maris et feminae coniunctio* usw. Demgemäß unterscheidet er es vom *ius civile* und *gentium* und nimmt eine Dreiteilung des Rechtes in *ius naturale, gentium* und *civile* an. Gewöhnlich wird aber das *ius naturale* in einem anderen Sinne genommen, nämlich in dem, daß es das Recht bedeutet, welches auf der *naturalis ratio* im Gegensatz zur *civilis ratio* (§ 16) beruht. Dann gehört zum *ius naturale* das *ius gentium*, ohne daß aber doch eigentlich die Begriffe *ius naturale* und *ius gentium* sich decken würden. Zwar ist nach dieser Auffassung alles *ius gentium* gewiß *ius naturale*, nicht aber anderseits alles *ius naturale*

auch *ius gentium*. Denn zweifellos finden sich schon im ältesten Recht, lange bevor es ein *ius gentium* im Sinne des § 16 gegeben hat, Sätze, welche mit der *naturalis ratio* übereinstimmen. Kein Wunder, da ja die römische Anschauung *(civilis ratio)*, wenn auch in vieler Hinsicht eigentümlich, doch nicht immer von der Anschauung anderer Völker abwich. Daß z. B. die abgefallene Frucht dem Grundeigentümer, der auf unserem Grundstück von wem immer gepflanzte Baum uns gehört, ist gewiß uraltes römisches Recht, doch aber den Römern nichts Eigentümliches, sondern beruht auf einer *naturalis ratio*, die hier mit der *civilis ratio* identisch ist. Spezifisch römisch ist hier nicht die Erwerbsart, sondern nur das durch sie geschaffene Recht: römisches Eigentum.

Erstes Buch.

Juristische Tatsachen und Rechtswirkungen.

§ 18.

Juristische Tatsachen.

Jede Rechtswirkung knüpft das objektive Recht an einen bestimmten von ihm aufgestellten Tatbestand. Dieser ist Voraussetzung der Rechtswirkung in der Art, daß selbe nur dann eintritt, wenn der ganze vom (objektiven) Recht geforderte Tatbestand vorliegt. So tritt beispielsweise die Rechtswirkung: Eigentumserwerb, nicht schon ein, wenn man sich in Aneignungsabsicht einer Sache, wohl aber wenn man sich einer herrenlosen Sache bemächtigt. Desgleichen wird die Rechtswirkung: Ersatzverbindlichkeit, nicht durch jede Beschädigung fremder Sachen, sondern regelmäßig nur durch verschuldete Beschädigung herbeigeführt usw.

Die Tatsachen, welche den mit Rechtswirkung ausgestatteten Tatbestand bilden, werden meistens Handlungen, d. h. Willensakte von Personen sein, so z. B. die vorerwähnte Aneignung der herrenlosen Sache. Sie können aber auch bloße Ereignungen sein. So ist z. B. der Tod einer Person eine Ereignung, an die sich die Rechtsfolge der Beerbung knüpft. Desgleichen ist die Bildung einer Insel im öffentlichen Fluß eine Ereignung, welche die Rechtsfolge hat, daß das Eigentum der Insel unmittelbar den Ufereigentümern zufällt. So ist ferner der Zeitablauf auch eine Ereignung, welche die wichtigsten Rechtsveränderungen herbeiführen kann.

Alle Tatsachen nun, sie mögen Handlungen oder bloße Ereignungen sein, an welche das objektive Recht irgend eine Rechtswirkung knüpft, bezeichnet man als juristische Tatsachen. Die Handlungen insbesondere, welche mit Rechtswirkung versehen sind, nennt man juristische Hand-

lungen. Zu diesen gehören einmal die Rechtsgeschäfte, außerdem aber auch die rechtlich unerlaubten Handlungen, weil diese für den Täter die Rechtsfolge der Strafe und der Ersatzverbindlichkeit nach sich ziehen.

In dem folgenden sollen von den juristischen Handlungen bloß die Rechtsgeschäfte, von den juristischen Ereignungen dagegen der Zeitablauf einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Betreffs der Rechtsgeschäfte muß sich diese jedoch auf die Hervorhebung ihres allgemeinen Charakters beschränken, da von den einzelnen Rechtsgeschäften erst später gehandelt werden kann.

§ 19.

Die Rechtsgeschäfte. Begriff und Einteilung.

Unter Rechtsgeschäften versteht man Handlungen, welche die Rechtsordnung zu dem Zweck mit rechtlichen Wirkungen versieht, um den Parteien darin die Mittel zu geben, selbsttätig ihre rechtlichen Angelegenheiten zu ordnen, rechtliche Verhältnisse zu begründen, aufzuheben oder zu modifizieren. Die Parteien können sich dieser von der Rechtsordnung zu ihrer Verfügung gestellten Geschäfte nach ihrem Belieben bedienen oder nicht; bedienen sie sich aber derselben, so müssen sie den Inhalt wollen, den die Rechtsordnung gerade für das betreffende Geschäft für wesentlich hält. Sie müssen kaufen, schenken, darleihen wollen u. s. w. Indem sie dies wollen, wollen sie immer auch den rechtlichen Erfolg, zu dessen Herbeiführung gerade dieses Rechtsgeschäft bestimmt ist. Keineswegs ist es aber notwendig, daß sie alle Erfolge wollen, die das Rechtsgeschäft möglicherweise nach sich ziehen kann. Wer eine Sache verkauft, weiß vielleicht gar nichts von der Entwährungspflicht, gleichwohl trifft sie ihn. Der Rechtsgeschäftswille ist ein vom Recht gebilligter, das Recht kommt ihm durch die Statuierung der Hauptwirkungen geradezu entgegen. Anders bei der unerlaubten Handlung. Auch dort ist etwas gewollt, aber etwas vom Rechte Mißbilligtes, die Rechtswirkung kommt hier dem Willen nicht entgegen, sondern widerstrebt ihm durch die Strafe. Zwar kann auch das Delikt bloß der Strafe wegen gewollt sein (z. B. jemand stiehlt, um im Strafhause über den Winter versorgt zu werden), allein niemals hat diese Rechtsfolge solchen Willen zur Voraussetzung, sie ist davon unabhängig, indem sie auch ohne ihn, ja gegen ihn, Platz griffe.

Die wichtigsten Einteilungen der Rechtsgeschäfte sind folgende:

1. Einseitige und zweiseitige Rechtsgeschäfte. Ein einseitiges Rechtsgeschäft ist das, welches durch die Willensäußerung einer Person, ein zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft dagegen das, welches durch die übereinstimmenden mit Bezug auf einander abgegebenen Willensäußerungen mehrerer Personen zustande kommt. Die zwei- oder mehrseitigen Rechtsgeschäfte bezeichnet man als Verträge. Ein Beispiel

eines einseitigen Rechtsgeschäftes ist das Testament, eines Vertrages: der Kauf, die Schenkung usw.

2. Onerose und lukrative Rechtsgeschäfte. Oneros ist das Rechtsgeschäft, wenn die Zuwendung, welche dadurch einer Person gemacht wird, eine Gegenleistung derselben voraussetzt. Sonst ist das Geschäft lukrativ. Oneros ist z. B. der Kauf, das Darlehen, lukrativ die Schenkung.

3. Geschäfte unter Lebenden *(inter vivos)* und von Todes wegen *(mortis causa)*. Letztere sind die Geschäfte, welche von der Rechtsordnung dazu bestimmt sind, die Verhältnisse des Verfügenden für den Fall seines Todes zu ordnen, wie z. B. das Testament. Sie können deshalb bei seinen Lebzeiten die ihnen zukommende Wirkung gar nicht haben. Geschäfte dagegen, die im Sinne der Rechtsordnung diesen Zweck nicht haben, sind *negotia inter vivos*.

§ 20.

Allgemeine Erfordernisse der Rechtsgeschäfte.

Für das Zustandekommen der Rechtsgeschäfte wird durchschnittlich folgendes erfordert.

A. Die Fähigkeit der Person. Diese ist eine zweifache. Vor allem muß nämlich die Person die zu dem bestimmten Rechtsgeschäfte erforderliche Rechtsfähigkeit haben, sie muß mit anderen Worten im Sinne der Rechtsordnung Zutritt zu diesem Geschäfte haben. Sofern es sich um Geschäfte des spezifisch römischen *ius civile* handelte, stand die bezügliche Rechtsfähigkeit nur dem römischen Bürger und allenfalls noch dem Latiner zu, während der Geschäfte des *ius gentium* Bürger und Nichtbürger rechtlich fähig waren. Wer die zum Geschäft erforderliche Rechtsfähigkeit nicht hat, ist von jeder auch bloß passiven Teilnahme am Geschäft ausgeschlossen. So konnte z. B. der Nichtbürger nicht bloß kein römisches Testament errichten, sondern in einem solchen auch nicht als Erbe eingesetzt werden, noch dabei als Zeuge fungieren. Neben dieser Rechtsfähigkeit ist für den, der das Rechtsgeschäft vornimmt, auch noch die für dieses Geschäft erforderliche Willensfähigkeit (Handlungsfähigkeit) notwendig. So kann der Wahnsinnige, obwohl er z. B. als Bürger rechtsfähig ist, doch kein Rechtsgeschäft vornehmen, der Unmündige wenigstens kein Verpflichtungsgeschäft eingehen.

B. Der Geschäftswille. Wer ein Rechtsgeschäft vornimmt, muß das diesem Geschäft Entsprechende wollen. Der Inhalt dieses Willens ist bei den einzelnen Rechtsgeschäften ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nach verschieden und für jedes derselben in seinen wesentlichen Punkten von der Rechtsordnung vorgezeichnet. Innerhalb dieses Rahmens hat die Partei freien Spielraum. Wer z. B. einen Kauf schließen will, muß wollen: Ware und Preis, welche Ware, welchen Preis? usw. steht bei ihm. —

Bei zweiseitigen Rechtsgeschäften (Verträgen) insbesondere muß der Wille des einen Paziszenten immer auch zu dem Willen des anderen passen, beide Willen müssen übereinstimmen. So muß der Käufer die Ware um den Preis kaufen wollen, um welchen ihm der Verkäufer dieselbe Ware verkaufen will. Desgleichen muß auch betreffs des weiteren, nicht wesentlichen Willensinhalts Übereinstimmung vorliegen, widrigens kommt der Vertrag nicht zustande.

Die Motive des Willens, mit anderen Worten die Umstände, welche die Entstehung des Geschäftswillens beeinflußt haben, sind im allgemeinen für das Geschäft rechtlich bedeutungslos. Das Vorhandensein des Geschäftswillens genügt, die Art seiner Entstehung ist gleichgiltig. Von dieser Regel macht aber das spätere römische Recht bei zwei Motiven: Furcht und Irrtum eine Ausnahme.

1. Furcht. Diese hat nur dann Bedeutung, wenn sie durch solche widerrechtliche Drohungen *(vis ac metus)* hervorgerufen ist, die auch einen standhaften Mann zu ängstigen geeignet sind. Aber auch dann ist das aus Furcht geschlossene Geschäft *iure civili* giltig, weil: *quamvis si liberum esset noluissem tamen coactus volui.* Allein der Prätor gewährt dem Gezwungenen Rechtsmittel, durch deren Gebrauch er die Folgen des Geschäftes von sich abwehren kann. Verschieden von dem Fall der Furcht, welche das Ergebnis psychologischen Zwanges *(vis compulsiva)* ist, ist der Fall der physischen Überwältigung *(vis absoluta)*, denn diese schließt den Geschäftswillen des Überwältigten aus, folgeweise ist das Rechtsgeschäft nichtig.

2. Der Irrtum. Daß Jemand von unrichtigen Vorstellungen aus zum Geschäftsschluß gekommen ist, ist der Regel nach bedeutungslos. Wer z. B. kauft, weil er Preissteigerung erwartet, bleibt gebunden, auch wenn er sich getäuscht hat. Bedeutung für das Geschäft hat der Irrtum nur in folgenden Fällen:

a) Wenn er durch Betrug *(dolus, fraus)* herbeigeführt ist. Zwar ist *iure civili* das Geschäft auch in diesem Falle giltig, allein der Prätor gewährte dagegen dem Betrogenen Rechtsmittel, durch welche er das Geschäft entkräften, bezw. sich Ersatz des Schadens vom Betrüger verschaffen kann. Ist das Geschäft ein nach der *bona fides* zu beurteilendes, so kann es wegen des Betruges nichtig sein.

b) Darüber hinaus hat der Irrtum nur dann Bedeutung, wenn er ein entschuldbarer *(error probabilis)* ist und sich auf wesentliche Geschäftsmomente bezieht. Hierher gehört der Irrtum über das Geschäft selbst, z. B. *A* stimmt dem Geschäft zu in der Meinung, es handle sich um einen Kauf, während es sich um eine Miete handelt. Ferner der Irrtum über die Person des anderen Paziszenten *(error in persona)*: *A* will nur mit *B* das Geschäft schließen, schließt es aber tatsächlich mit *C*, den er für *B* hält. Ebenso der Irrtum über die Sache *(error in corpore)*: *A* will

die Sache *X* schenken, vergreift sich aber und gibt die Sache *Y*, die er für *X* hält. In allen diesen Fällen kommt das Rechtsgeschäft nicht zustande. Bedeutungsvoll ist endlich auch noch der sogenannte *error in substantia*, der sich auf die Materie, den Stoff der Sache bezieht. Jemand kauft z. B. eine bronzene Sache, weil er sie für eine goldene hält, oder es verkauft Jemand einen goldenen Gegenstand als Bronze. Auch in diesen Fällen ist das Geschäft, obwohl beide ihren Willen auf dieselbe Sache richten, wegen dieses Eigenschaftsirrtums nichtig.

C. Äußerung des Geschäftswillens. Der nicht geäußerte Wille hat rechtlich keine Bedeutung. Die Äußerung muß so geschehen, wie das die Rechtsordnung für das betreffende Geschäft verlangt. Im allgemeinen läßt sich nur folgendes sagen:

1. Mitunter ist Betätigung, Durchführung des Willens in der Außenwelt notwendig; so bei der Besitz- und Eigentumsbegründung durch Okkupation, Tradition usw.

2. Bei den meisten Geschäften wird aber bloße Erklärung des Geschäftswillens verlangt. Diese kann wieder eine formelle oder formlose sein.

a) Formell ist sie dann, wenn sie in einer bestimmten, von der Rechtsordnung vorgezeichneten Form geschehen muß. Diese Geschäfte, welche formelle Willenserklärung verlangen, sind die formellen oder Formalgeschäfte. Das alte *ius civile* kennt fast nur solche. Die Geschäftsformen des römischen Rechts bestehen in dem Aussprechen solenner Worte und der Vornahme solenner Handlungen. Später kommt auch die Schrift und die Erklärung vor einer Behörde *(apud acta)* als Form auf. Nichtbeobachtung der Form macht ein Formalgeschäft nichtig.

b) Formlos ist sie dann, wenn sie nicht an eine bestimmte Form gebunden ist, sondern in jeder beliebigen nur erkennbaren Weise erfolgen kann. Das *ius gentium* kennt — außer den Fällen, wo Willensbetätigung notwendig ist — fast nur formlose Geschäfte (§ 80). Die formlose Willenserklärung ist entweder eine ausdrückliche oder eine stillschweigende.

α) Ausdrücklich ist sie dann, wenn sie durch solche Handlungen geschieht, die nur den Zweck der Willenserklärung verfolgen: gesprochenes und geschriebenes Wort, Zeichen, wie z. B. Nicken des Kopfes usw.

β) Stillschweigend geschieht sie durch Handlungen, die zunächst andere Zwecke verfolgen, die aber vernünftiger Weise zu dem Schlusse nötigen, daß dadurch auch ein bestimmter Geschäftswille geäußert werden solle. Man bezeichnet solche Handlungen als konkludente (schlüssige) Handlungen. Wer z. B. seinem Schuldner bewußt den Schuldschein zurückgibt, erläßt ihm dadurch, wenn aus den Umständen nicht ein anderer Zweck der Rückgabe ersichtlich ist, die Schuld.

D. Übereinstimmung der Willensäußerung mit dem Willensinhalt. Soll ein Rechtsgeschäft zustande kommen, so muß

das was gewollt ist erklärt sein, beziehungsweise das was erklärt ist auch wirklich gewollt sein. Bedeutung hat nur der geäußerte erklärte Wille, weder der Wille allein, noch die Äußerung allein. Äußert daher jemand etwas was er nicht will, oder will er etwas was er nicht äußert, so kommt das Rechtsgeschäft nicht zustande. Eine solche Inkongruenz zwischen Willensinhalt und Willensäußerung kann verschiedene Gründe haben:

1. Gewöhnlich wird sie die Folge eines Irrtums sein. *A* verschreibt sich oder verspricht sich. Hier gilt weder das was er geschrieben oder gesprochen hat, denn das wollte er ja voraussetzlich nicht, noch das was er wirklich wollte, denn dies hat er nicht geäußert.

2. Sie kann aber auch geradezu eine beabsichtigte sein, indem jemand absichtlich etwas Anderes erklärt, als er will. Hierher gehört der Fall der Mentalreservation und der Simulation.

a) Erstere liegt dann vor, wenn diese Absicht des Erklärenden dem anderen Paziszenten verschwiegen wird. Da ein solcher Vorbehalt *contra bonos mores* ist, so ist er rechtlich bedeutungslos. Das Rechtsgeschäft gilt doch.

b) Letztere besteht darin, daß beide Paziszenten darüber einig sind, daß sie das Rechtsgeschäft, worauf die Erklärung lautet, nicht wollen. Das nur zum Schein Erklärte, das Scheingeschäft, ist ungiltig, weil es nicht gewollt ist. Häufig wird aber unter diesem Scheingeschäft ein anderes wirklich gewolltes Geschäft versteckt sein (z. B. unter einem Scheinkauf eine Schenkung). Ob dieses gilt, hängt davon ab, ob das was geschehen ist, zum Abschlusse desselben ausreicht.

§ 21.

Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften.*)

§ 4 J. *de V. O.* III, 15; l. 11, § 1. D. *qui pot.* XX, 4; l. 8 *pr.* D. *de peric.* XVIII, 6; § 2. J. *de V. O.* III. 15; l. 17, § 4. D. *de cond.* XXXV, 1.

In den Inhalt eines Rechtsgeschäftes können nach Zulaß der Rechtsordnung seitens der Parteien verschiedene willkürliche Nebenbestimmungen (Klauseln) aufgenommen werden. Von diesen sind drei Arten von besonderer Wichtigkeit, weil sie die normalen Wirkungen des Rechtsgeschäftes in eigentümlicher Weise modifizieren. Es sind dies die Bedingung, die Zeitbestimmung und die Auflage.

I. Die Bedingung *(condicio)* ist eine zukünftige ungewisse Tatsache von deren Eintritt die Parteien die Rechtswirkung des Geschäftes abhängig machen. Diese Tatsache kann eine Handlung oder eine Ereignung, ein Geschehen oder ein Nichtgeschehen sein.

Das bedingte Rechtsgeschäft ist bereits jetzt geschlossen, aber so, daß es die Rechtswirkung nicht für alle Fälle, sondern nur für den Fall des Eintritts der als Bedingung gesetzten Tatsache haben soll. Ob es diese

*) Über das Geschichtliche, insbesondere über die Verwendung und Wirkung der Nebenbestimmungen im klassischen Rechtsleben s. Mitteis, S. 153 fg.

Rechtswirkung haben wird oder nicht, ist so lange unentschieden, als die Bedingung schwebt *(condicio pendet)*.

Dieser Zustand der (objektiven) Unentschiedenheit wird behoben durch die spätere Erfüllung oder Vereitlung der Bedingung.

1. Wird die Bedingung erfüllt *(condicio existit)*, ereignet sich das was als Bedingung gesetzt ist, so tritt hiermit kraft des früher geschlossenen Geschäftes jetzt die Rechtswirkung desselben ein, und zwar so, als wäre seinerzeit das Geschäft als unbedingtes geschlossen worden (sogenannte Rückziehung der erfüllten Bedingung).

2. Wird die Bedingung vereitelt *(condicio deficit)*, so ist hiermit entschieden, daß das Rechtsgeschäft die beabsichtigte Rechtswirkung nicht mehr haben kann. Es ist erfolglos geblieben.

Die eigentümliche Behandlung des bedingten Rechtsgeschäftes besteht in der Suspension der Rechtswirkung, das Geschäft mag ein Begründungsgeschäft oder ein Aufhebungsgeschäft sein. Jede Bedingung ist suspensiv. Nun kann aber das bedingte Aufhebungsgeschäft auch sofort mit dem unbedingten Begründungsgeschäft als Anhang zu demselben geschlossen werden; z. B. *A* verkauft dem *B* unbedingt eine Sache (Begründungsgeschäft), jedoch mit der Klausel, daß der Kauf rückgängig werden solle, wenn *x* geschieht (bedingtes Aufhebungsgeschäft). In einem solchen Falle spricht man von einer Resolutivbedingung, weil dadurch, daß *x* geschieht, der Kauf rückgängig wird. Allein resolutiv ist hier nicht eigentlich die Bedingung, sondern nur das von ihr suspendierte Aufhebungsgeschäft, welches mit ihrer Erfüllung Wirkung erlangt.

Keine Bedingungen im juristischen Sinne sind folgende Nebenbestimmungen:

1. Die *condicio in praesens vel in praeteritum collata*, z. B. *A* verspricht 1000, *si Titius consul fuit*. Dieses Geschäft ist zwar der der Fassung nach bedingt, der Sache nach dagegen unbedingt. Es fehlt hier jeder (objektive) Schwebezustand, denn es ist bereits zur Zeit des Geschäftsschlusses objektiv entschieden, ob Titius Konsul war oder nicht. War er's, so tritt die Rechtswirkung sofort mit dem Geschäftsschlusse ein; war er's nicht, so ist das Geschäft sofort bedeutungslos.

2. Die notwendige und unmögliche Bedingung *(condicio quae omnimodo — quae nullomodo exstitura est)*. Diese liegen dann vor, wenn es bereits im Augenblicke des Geschäftsschlusses entschieden ist, daß die Bedingung eintreten muß (z. B. *A* verspricht dem *B* 1000, falls *X* sterben wird), beziehungsweise nie eintreten kann (z. B. *A* verspricht *B* 1000, falls er die *Z* heiratet, die, ohne daß es die Parteien wissen, schon gestorben ist). Das unter einer sogenannten notwendigen Bedingung geschlossene Geschäft ist sachlich unbedingt, *A* wird sofort Schuldner des *B* (nur die Auszahlung des Schuldbetrages kann hinausgeschoben sein). Die unmögliche Bedingung macht das Geschäft konsequenterweise sofort

ungiltig. Davon tritt nur bei testamentarischen Verfügungen eine Ausnahme ein, indem bei diesen die unmögliche Bedingung *in favorem testamenti* gestrichen, mit anderen Worten die Verfügung als unbedingte aufrecht erhalten wird.

3. Die *condiciones iuris*. Diese sind rechtlich selbstverständliche Voraussetzungen der Rechtswirkung, die überflüssiger Weise in der Form einer Bedingung ausgesprochen werden, z. B. mein Neffe *A* soll mein Erbe sein, *si volet*. Dies ist sachlich eine unbedingte Erbeseinsetzung. Es ist sachlich gerade so, als wenn es hieße: Mein Neffe *A* soll mein Erbe sein, da er schon kraft der Rechtsordnung nur dann Erbe wird, wenn er es werden will. Die Suspension, die hier eintritt, ist nicht eine Folge der Bedingung, sondern eine Folge des Rechtssatzes über den Erwerb der Erbschaft.

II. Die Zeitbestimmung *(dies)* ist ein durch den Parteiwillen in den Geschäftsinhalt aufgenommenes sicher eintretendes Ereignis mit welchem die Rechtswirkung des Geschäftes entweder beginnen oder aufhören soll. Im ersteren Falle liegt ein Anfangstermin *(dies a quo)*, im letzteren Falle ein Endtermin *(dies ad quem)* vor. Der *dies* kann ein Kalendertag oder ein anderes sicher eintretendes Ereignis sein. Ist es ungewiß ob der *dies* eintreten wird oder nicht, so liegt keine Zeitbestimmung sondern eine Bedingung vor, wie z. B. *A* verspricht dem *B* 1000, zahlbar an seinem künftigen Hochzeitstage.

III. Die Auflage *(modus)* ist eine Verwendungsbestimmung, welche durch den Parteiwillen einer Schenkung oder letztwilligen Zuwendung hinzugefügt wird, z. B. *A* vermacht dem *B* 1000, *ut monumentum faciat*. Dadurch wird die Rechtswirkung weder suspendiert, noch hinausgeschoben. *B* wird lediglich verpflichtet, die Auflage zu befolgen.

§ 22.

Die Stellvertretung.

Gai. II, 95; Paul *sent.* V. 2. § 2; l. 2. *pr.* D. *de pact.* II. 14.

Wer ein Rechtsgeschäft schließt, schließt es regelmäßig für sich, in seinen Angelegenheiten. Daneben kommt es aber nicht selten vor, daß man Rechtsgeschäfte nicht für sich, sondern für einen Andern, nicht in eigenen, sondern in fremden Angelegenheiten abschließt. Dies ist der Fall der Stellvertretung.

A. Notwendig ist eine solche Stellvertretung häufig bei bevormundeten Personen. Der Wahnsinnige, das verwaiste Kind u. s. w. können mangels der Willensfähigkeit kein Geschäft schließen. Gleichwohl erfordert die Administration ihres Vermögens vielfach Geschäftsschlüsse, welche für sie von ihren Vormündern vorgenommen werden.

Aber auch der, welcher selber fähig ist, seine Angelegenheiten zu besorgen, kann faktischer Hindernisse oder sonstiger Gründe wegen einen Anderen mit dem Geschäftsabschluß betrauen. Dadurch wird dieser sein Vertreter, dessen Vollmacht nicht wie die des Vormunds in einem öffentlichen Amt, sondern vielmehr im Auftrage des Geschäftsherrn *(dominus negotii)* wurzelt (§ 90). Auf Grund dieser Vollmacht schließt er dann das Geschäft statt des *dominus*. Er überbringt nicht bloß den Willen des *dominus* wie der Bote *(nuntius)*, sondern ist selbst der Paziszent, allerdings nicht in eigener, wohl aber in fremder Angelegenheit.

Endlich kann es auch geschehen, daß jemand ohne Auftrag Geschäfte für einen andern schließt, welche aber für diesen erst durch eine nachfolgende Genehmigung *(ratihabitio)* Bedeutung erlangen.

B. Obwohl der Stellvertreter das Geschäft statt des *dominus* schließt, so schließt er es doch nach römischem Recht nicht auf den Namen desselben, sondern auf seinen eigenen Namen. Folgeweise wirkt das Geschäft zunächst nur für ihn, nicht für den *dominus*, er wird daraus berechtigt und verpflichtet. Für den *dominus* wird es erst dadurch wirksam, daß die in der Person des Vertreters eingetretene Rechtswirkung von diesem auf den *dominus* übertragen wird. Dies ist die sogenannte unvollkommene oder indirekte Stellvertretung (Erzatzmann). Direkte oder vollkommene Stellvertretung, der zufolge die Rechtswirkung nicht erst in der Person des Stellvertreters, sondern unmittelbar in der des *dominus* entsteht, läßt das römische Privatrecht nur beim Erwerb des Besitzes und der dadurch vermittelten Rechte zu (§ 42, 46, 49, 53, 56).

C. Nicht auf einer Stellvertretung beruht die unmittelbare Wirkung der Erwerbsgeschäfte der Gewaltuntertänigen für den Gewalthaber. Denn diese tritt, wie sich später ergeben wird, kraft Rechtsnotwendigkeit ein und ist von dem Willen, für den Gewalthaber zu erwerben, ganz unabhängig. (§ 27, 32).

§ 23.

Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte.

1. 5. C. *de legib.* I, 14.

Die Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte ist eine verschiedene.*) Die Neueren unterscheiden gewöhnlich zwei Hauptarten, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit:

1. Nichtigkeit. Dann ist das Geschäft rechtlich gar nicht vorhanden *(negotium nullum)*. Diese Nichtigkeit kann gleich von Anfang an vorhanden sein, so daß durch den tatsächlichen Abschluß das Rechtsgeschäft gar nicht zustande gekommen ist. Dies ist dann der Fall, wenn es an einer wesentlichen Voraussetzung seiner Entstehung z. B. Fähigkeit der Person, Form usw. fehlt. Die Nichtigkeit kann aber auch erst später eintreten, dann wird das giltige Rechtsgeschäft ungiltig, und zwar so, als hätte es nie bestanden. Die Gründe dieser nachfolgenden Nichtigkeit können verschiedene

*) S. Mitteis, S. 236 fg.

sein, im ganzen bestehen sie im Eintritt solcher Tatumstände, mit denen die Rechtsordnung den Fortbestand des Geschäftes für unvereinbar hält. So wird zum Beispiel das giltige Testament dadurch nichtig, daß der Testator die Zivität verliert.

2. Anfechtbarkeit. Das anfechtbare Geschäft ist zunächst giltig, kann aber wegen eines Mangels umgestoßen werden. Es bedarf somit einer Reaktion gegen das Geschäft, welche gewöhnlich in der gerichtlichen Geltendmachung des Mangels bestehen wird. Daß manche Geschäfte nach römischem Recht bloß anfechtbar, nicht nichtig sind, hat seinen Grund darin, daß sie erst vom prätorischen Recht als ungiltig angesehen wurden, während sie *iure civili* noch giltig waren. Vermöge des Verhältnisses des prätorischen Rechtes zum *ius civile* konnte diese prätorische Ungiltigkeit nur als Anfechtbarkeit des *iure civili* giltigen Geschäftes erscheinen. Ein Beispiel bietet das *metus causa* geschlossene Geschäft (§ 20, *B.* 1). Auch die Anfechtbarkeit kann eine ursprüngliche oder erst später eintretende sein.

§ 24.

Die Zeit.

l. 8 D. *de fer.* II, 12; l. 98. D. *de V. S.* L, 16; l. 5 D. *qui test.* XXVIII, 1; l. 6, D. *de O. et A.* XLIV. 7; l. 2 *pr.* D. *quis ordo.* XXXVIII, 15.

Der Zeitablauf spielt im Recht eine große Rolle. Wichtige Rechtswirkungen sind daran geknüpft, daß Zustände längere Zeit hindurch andauern, Befugnisse durch eine gewisse Zeit nicht ausgeübt werden u. s. w. Dies führt auf die Notwendigkeit die Grundsätze kennen zu lernen, nach welchen solche juristisch relevante Zeiträume berechnet werden.

I. Die Grundlage der Zeitrechnung ist der Kalender. Der älteste Kalender der Römer, der sogenannte Romulische Kalender, soll das Jahr zu zehn Monaten gerechnet haben, welche zusammen 304 Tage umfaßten. Der sogenannte Numa'sche Kalender nahm ein Jahr von 355 Tagen an, welche auf 12 Monate verteilt waren. Der auffallende Unterschied dem astronomischen Jahre gegenüber sollte dadurch ausgeglichen werden, daß man jedes zweite Jahr, und zwar nach dem 23. *(terminalia)* oder 24. *(regifugium)* Februar abwechselnd einen Zeitraum von 22 oder 23 Tagen einschaltete, welcher mit den übrigen Tagen des Februar zu einem besonderen Monat: *mensis intercalaris, Mercedonius,* zusammengezogen wurde. Aber trotz dieser Einschaltungen ergab sich eine immer mehr fühlbare Inkongruenz des Numa'schen Jahres mit dem Sonnenjahr. Dies veranlaßte die Kalenderreform Cäsars, welche dieser als *pontifex maximus* (§ 11) vornehmen ließ. Das Ergebnis desselben war die Einführung eines neuen Kalenders, des Julianischen, welcher am 1. Jänner 709 d. St. (45. v. Chr.) in Geltung trat. Dieser nahm das astronomische Jahr zu 365 Tagen 6 Stunden an. Folgeweise setzte er das Kalenderjahr zu 365 Tagen fest,

verbunden mit der Einschaltung eines Tages in jedem vierten Jahre. Dieser Schalttag *(dies intercalaris)* wurde nach dem 24. Februar *(dies sextus ante kalendas Martias)* eingesetzt und wurde mit diesem kalendermäßig (behufs Festhaltung der Zahl von 365 Tagen) für einen Tag gezählt.*) Dieser kalendermäßige Doppeltag von 48 Stunden wird als das *bissextum* bezeichnet. Die erste Hälfte des *bissextum* = 24. Februar heißt *dies prior*, die zweite = 25. Februar *dies posterior*.

II. Die im Rechtsleben vorkommenden Zeiträume werden von einem bestimmten Ereignisse an gerechnet, z. B. von der Geburt eines Menschen, vom Besitzerwerb an usw. Sie sind daher sogenannte bewegliche Zeiträume, da sie nicht wie die adäquaten kalendermäßigen Zeitabschnitte einen fixen Anfangs- und Endpunkt haben. Es ist nur zufällig, wenn sie in dieser Hinsicht mit dem kalendermäßigen Zeitraum zusammenfallen. Das bewegliche Jahr wird immer zu 365 Tagen gerechnet, fällt der Schalttag in dasselbe, so wird er nicht besonders gezählt, sondern gilt als Teil des 24. Februar. Der bewegliche Monat wird stets zu 30 Tagen ohne Rücksicht auf die verschiedene kalendermäßige Länge der Monate angenommen. Der Tag ist ein Zeitraum von 24 Stunden. Auch er kann als beweglicher Tag vorkommen (z. B. vom 12. Mai 9 Uhr 12 Minuten vormittags bis 13. Mai 9 Uhr 12 Minuten vormittags), gewöhnlich kommt er aber im Rechtsleben nur als unbeweglicher, d. i. kalendermäßiger Tag, mit anderen Worten als Zeitraum von Mitternacht bis Mitternacht vor.

Die Berechnung der juristisch relevanten Zeiträume ist eine verschiedene:

1. Ausnahmsweise findet die *computatio naturalis* oder *a momento ad momentum* statt. Diese besteht darin, daß von dem mathematischen Anfangspunkt des Zeitraumes, z. B. vom 17. August 1885 3 Uhr 20 Minuten nachmittags bis zum mathematischen Endpunkte, z. B. bis zum 17. August 1888, 3 Uhr 20 Minuten nachmittags gezählt wird. Hierbei wird der Tag als beweglich behandelt und werden auch kleinere Zeitabschnitte als der Tag berücksichtigt.

2. Die regelmäßige Berechnung ist aber die *computatio civilis*, bei welcher der Kalendertag als der kleinste nicht mehr teilbare Zeitabschnitt behandelt wird. Folgeweise wird hier nach ganzen Kalendertagen gezählt. Daher der Ausdruck *ad dies numerare*. Der Kalendertag, in welchen der Anfang des zu berechnenden Zeitraumes fällt, wird als erster Tag immer ganz mitgerechnet. Der letzte Tag des Zeitraumes ergibt sich durch einfache Zählung. Die an die Vollendung des Zeitraumes geknüpfte Rechtswirkung tritt aber bald schon mit dem Beginn des letzten Tages *(dies ultimus coeptus pro iam completo habetur)*, bald erst mit dem

*) Th. Mommsen. Die Röm. Chronologie. 2. Aufl. 1859. Andere stellen den Schalttag zwischen den 23. und 24. Februar (23. 24. 25.), wo er im heutigen (Gregorianischen) Kalender steht.

vollständigen Ablauf desselben ein. Ersteres ist insbesondere der Fall bei der Ersitzung und bei der Testamentsfähigkeit. Wer z. B. am 1. Jänner 1870 geboren ist, hat bereits mit Beginn des 31. Dezember 1883 das Alter von vierzehn Jahren erreicht und ist daher schon an diesem Tage testamentsfähig. Letzteres gilt bei der Klagenverjährung, die erst dann vollendet ist, wenn auch der letzte Tag ganz verstrichen ist, ohne daß die Klage angestellt wurde.

III. Regelmäßig werden bei einem Zeitraum alle Tage ununterbrochen gezählt. Ein solcher Zeitraum heißt *tempus continuum*. Davon ist zu unterscheiden das *tempus utile*. Dies besteht darin, daß bei gewissen Fristen, welche zur Vornahme von Rechtsakten gewährt sind, nicht Tag für Tag, sondern nur die Tage gezählt werden, an welchen der Vornahme kein physisches oder juristisches Hindernis entgegensteht, die also mit a. W. zur Vornahme der Handlung tauglich sind, daher *dies utiles*. Diese Berechnung ist die Ausnahme und findet nur bei solchen Zeiträumen statt, die gesetzlich ausdrücklich als *utile tempus* erklärt sind. Der längste derartige Zeitraum ist ein *annus utilis* = 365 *dies utiles*.

§ 25.

Die Rechtswirkung.

I. Die Rechtswirkung, welche das objektive Recht an die juristischen Tatsachen (Tatbestände) knüpft, kann eine sehr verschiedene sein. Der Hauptsache nach besteht sie in der Entstehung oder in dem Untergang eines rechtsfähigen Wesens (Geburt, Tod eines Menschen), in dem Erwerb oder in dem Verlust rechtlicher Fähigkeiten (Handlungsfähigkeit infolge Erreichung eines gewissen Lebensalters, Verlust derselben durch Wahnsinn und anderes), in der Entstehung bestimmter Rechte und Verbindlichkeiten für ein Subjekt (des Eigentums, Pfandrechtes, einer Darlehensforderung und Schuld u. a.), endlich in der Aufhebung solcher Rechte und Verbindlichkeiten (Erlöschung des Eigentums durch Untergang der Sache, Tilgung einer Schuld durch Zahlung usw.).

II. Die Entstehung eines konkreten Rechtes für ein Subjekt, oder mit a. W. die Entstehung eines konkreten subjektiven (§ 3) Rechtes bezeichnet man als Erwerb dieses Rechtes. Wir unterscheiden originären und derivativen Rechtserwerb.

A. Originär ist der Rechtserwerb dann, wenn das Recht nicht auf Grund eines bereits bestehenden Rechtes eines Anderen, sondern unabhängig davon, also ursprünglich, für eine Person entsteht. Originär ist zum Beispiel der Erwerb des Eigentums durch Okkupation. Dadurch erlangt der Okkupant das Eigentum einer Sache, an welcher zur Zeit der Okkupation kein Eigentum besteht, die mit a. W. eine herrenlose ist. Er schafft sich neues Eigentum, unabhängig von dem Recht eines Vormannes. Originär

entstehen ferner z. B. Forderungsrechte. Wer eine Sache von einem Anderen kauft wird dadurch forderungsberechtigt, ohne daß sein Forderungsrecht Folge eines anderen Rechtes wäre. Es ist durch den Kaufvertrag geschaffen.

B. Derivativ ist der Rechtserwerb dann, wenn er ein bereits bestehendes (vorhandenes) Recht eines Anderen zur Voraussetzung hat. Das in der Person des Erwerbers entstehende Recht ist hier kein von ihm selbst neu geschaffenes, sondern vom Recht eines Anderen (des Auktors) abgeleitetes. Die in der Person des letzteren kraft besonderer Tatsachen eingetretene jetzt noch vorhandene Rechtswirkung wird irgendwie für die Person des ersteren wirksam gemacht, mit a. W. in beschränktem oder unbeschränktem Maße auf ihn hinübergeleitet.

1. In beschränktem Maße: Der Berechtigte (Auktor) gibt sein Recht nicht auf, sondern bestellt innerhalb der Grenzen desselben dem Erwerber ein beschränkteres Recht. Der Eigentümer z. B. bestellt kraft seines Eigentums Jemandem eine Weggerechtigkeit, ein Pfandrecht u. s. w. Dies ist der Fall des derivativ-konstitutiven Erwerbes.

2. In unbeschränktem Maße: Der Auktor überträgt sein Recht ganz auf den Erwerber; sobald dieser erwirbt, hört das Recht des Auktors auf; die Tatsachen, welche die bezügliche Rechtswirkung (Eigentum u. s. w.) bis jetzt für ihn hervorbrachten, wirken durch Vermittlung der Übertragungstatsachen ferner nicht mehr für ihn, sondern für den Erwerber. Das Recht des Erwerbers ist hier subjektiv ein vom Recht des Auktors abgeleitetes, objektiv d. h. seinem Rechtsinhalt nach dagegen ein mit diesem identisches. Dies ist der Fall der Sukzession, deren Wesen darin besteht, daß der Rechtsinhalt derselbe (*idem*, nicht bloß gleichartig) bleibt und nur die Subjekte wechseln. Das Recht des Erwerbers ist nur subjektiv (insofern jedes Recht Beziehung eines Subjektes zu einem Objekt ist) nicht inhaltlich ein neues. Die Sukzession ist entweder eine Singular- oder eine Universalsukzession.

a) Singularsukzession ist die Sukzession in einzelne Rechte einer Person als einzelne. Jedes Recht wird hier durch einen besonderen für seine Übertragung bestimmten Akt übertragen. Natürlich können mehrere solche Akte auch kumulativ für mehrere gleichartige einzelne Rechte gleichzeitig vorgenommen werden. Wer z. B. 1000 Kronenstücke in einem Beutel tradiert, tradiert doch jede einzelne Krone. Wir haben in einem solchen Fall 1000 Singularsukzessionen.

b) Universalsukzession ist die Sukzession in einen größeren oder kleineren Komplex von Rechten, welche in dieser Hinsicht eine Einheit *(universitas)* bilden. Dieselben werden hier als *universitas* durch einen besonderen hiefür berechneten Akt — *per universitatem* — übertragen. Kraft dieses einen Aktes geht zwar jedes einzelne zur *universitas* gehörige Recht über, ohne daß jedoch dieser Akt zur Einzelübertragung der betreffenden Rechte geeignet wäre. Der Erwerbsakt ist hier nicht eine

Summe der zur Einzelübertragung erforderlichen Akte, keine Kumulierung von Akten im obigen Sinne, sondern ein besonderer für sich bestehender einziger Akt, der universale Wirkung hat. Die *universitates*, welche so übergehen, bestehen nach römischem Recht immer in der Gesamtheit der Aktiven oder der Aktiven und Passiven einer Person. Der Hauptfall der Universalsukzession ist die Erbfolge.

Zweites Buch.

Personenrecht.

§ 26.

Begriff der Person. Die Persönlichkeit des Menschen.

I. 1. § 1. D. *d. insp. ventre* XXV, 4; I. 7. D. *de statu hom.* I, 5.

Das Wesen der Person im juristischen Sinne besteht in der Rechtsfähigkeit. Der ist Person, der im Sinne der Rechtsordnung Subjekt rechtlicher Beziehungen sein kann, der mit a. W. Eigentum, Forderungen, Schulden haben, in Familienverhältnissen stehen, an Rechtsgeschäften teilnehmen kann, sei es, daß er sie selbst für sich schließt, oder daß andere sie für ihn schließen.

Diese Persönlichkeit = Rechtsfähigkeit legt das Recht dem Menschen bei, er mag jung oder alt, gesund oder krank, Mann oder Weib sein. Insbesondere auch der Wahnsinnige ist Person, da er Rechte haben, wenn auch nicht durch eigene Handlungen begründen kann. Person wird der Mensch mit der Geburt (§ 25). Dazu ist die vollständige Trennung des lebendigen Kindes vom Mutterleib notwendig. Durch eine Totgeburt entsteht keine Person; wohl aber, wenn das lebendige Kind eine Mißgeburt mit menschlicher Kopfbildung ist. Der Embryo *(nasciturus)* ist noch keine Person, er ist *portio mulieris vel viscerum.* Da er aber doch die in der Bildung begriffene Person ist, so wird er auch schon vom Recht berücksichtigt. Nicht etwa so, daß er schon Rechte haben könnte, wohl aber so, daß ihm die Möglichkeit des Erwerbes von Rechten (Erbschaften, Vermächtnissen usw.) für den Fall offen gehalten wird, daß er später lebend geboren werden sollte *(nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur).* Die Persönlichkeit endigt mit dem Tode (§ 25), außerdem durch *capitis deminutio* (§ 33).

Das römische Recht legt die Persönlichkeit, d. i. Rechtsfähigkeit, nicht jedem Menschen bei, nicht dem Sklaven, sondern nur dem Freien. Aber auch die Rechtsfähigkeit des Freien ist keine durchaus gleiche, sondern gestaltet sich verschieden, je nachdem er Bürger oder

Nichtbürger ist. Die Rechtsfähigkeit des Bürgers endlich hängt wieder von seiner Familienstellung ab. Mit Rücksicht darauf unterscheidet man drei für die Rechtsfähigkeit maßgebende *status*: den *status libertatis, civitatis* und *familiae*.

§ 27.

Der *status libertatis*. Freie und Unfreie.

Gai. I, 9, 53; J. *de iure pers.* I, 3.

In Folge des Instituts der Sklaverei *(servitus)* sind die Menschen entweder Freie *(liberi)* oder Unfreie *(servi)*. Nur der Freie ist rechtsfähig, also Person, der Unfreie, d. i. der Sklave, dagegen ist nach *ius gentium* und *civile* rechtsunfähig, somit keine Person. Folgeweise kann er nicht Subjekt, sondern wie das Tier nur Objekt von Rechten sein. Er kann kein Eigentum, kein Forderungsrecht usw. haben, sondern nur im Eigentum stehen, Forderungsgegenstand sein usw. Die Unfreiheit ist nicht dadurch bedingt, daß der Sklave im Eigentum steht, vielmehr kann der Sklave nur deswegen, weil er unfrei mit a. W. Rechtsobjekt ist, im Eigentum stehen. Die Unfreiheit ist somit ein absoluter Zustand, Beweis dessen der Umstand, daß es, wie herrenlose Tiere, auch herrenlose Sklaven *(servi sine domino,* z. B. den *servus poenae,* den *servus derelictus)* geben konnte.

Durch die Unfreiheit wird der Mensch juristisch zur Sache. Als solche kann er im Eigentum stehen. Da aber dieses am Sklaven bestehende Eigentum einen Menschen, d. i. ein vernünftiges, willensfähiges, dem Freien von Natur gleichartiges Wesen zum Gegenstande hat, so läuft es auf eine *potestas* des Herrn (Eigentümers, *dominus*) über den Sklaven hinaus, welche einen Teil der hausherrlichen Gewalt überhaupt bildet und als *dominica potestas* bezeichnet wird.

Alle Fähigkeiten des Sklaven, insbesondere auch die ihm als Menschen immanente Willensfähigkeit stehen rechtlich im Dienste des Herrn. Jeder durch den Sklaven vermittelte Erwerb fällt nicht ihm, sondern seinem Herrn zu. Dieser wird daraus unmittelbar berechtigt, also Eigentümer, Gläubiger usw., ohne Rücksicht darauf, ob der Sklave für ihn erwerben will oder nicht (§ 22 *C.*). Dieser Erwerb tritt eben kraft Rechtsnotwendigkeit ein und kann insbesondere auch durch den Willen des Herrn rechtlich nicht dem Sklaven zukommen. Der Herr kann zwar auf das Erworbene verzichten, nicht aber den Erwerb rechtlich dem Sklaven zuwenden, da dem die Rechtsunfähigkeit desselben, welche *iuris publici* (§ 3) ist, entgegensteht. Durch den *ipso iure* für den Herrn eintretenden Erwerb wird die Erwerbsfähigkeit des unfreien Menschen für den Herrn ausgenützt. Da die vom Sklaven geschlossenen Geschäfte nur für den Herrn wirken können, läßt man es bezüglich der zum Geschäftsabschlusse erforderlichen Rechtsfähigkeit (§ 20)

bei der des Herrn bewenden. Hat der Herr die zum Geschäft erforderliche Rechtsfähigkeit (z. B. das römische *commercium*), so hat sie auch sein Sklave *ex persona domini*. Folgeweise sind die Erwerbsgeschäfte herrenloser Sklaven ganz bedeutungslos, da diese einen Herrn, für den diese Geschäfte ja rechtlich allein wirken könnten und nach dem sich die Rechtsfähigkeit zum Geschäft bestimmen würde, gar nicht haben. Auch Verpflichtungsakte des Sklaven kommen vor; sofern sie aber Geschäfte sind, wirken sie nicht gegen den Herrn (§§ 76, 100). Nur unerlaubte Handlungen des Sklaven hat der Herr zu vertreten, aber nur so, daß er für sie bloß mit dem Sklaven einzustehen hat (§ 101).

Als Mensch steht auch der Sklave in natürlichen (physischen) Verwandtschaftsverhältnissen, er ist Kind, Bruder u. s. w. So lange er Sklave ist, hat diese Verwandtschaft ebensowenig rechtliche Bedeutung als das gleiche Verhältnis bei Tieren. Rechtliche Bedeutung erlangt sie nur dann, wenn solche verwandte Sklaven später frei werden. Dann begründen diese *serviles cognationes* ein Ehehindernis, z. B. zwischen Bruder und Schwester.

Die aus dem Eigentum fließende Gewalt des Herrn über den Sklaven war unbeschränkt. Kraft derselben war der Sklave der Willkür des Herrn preisgegeben, der ihn beliebig veräußern, töten, mißhandeln konnte usw. Erst in der Kaiserzeit treten diesfalls Beschränkungen ein; es wird die Tötung des Sklaven ohne vorherige obrigkeitliche Genehmigung verboten, dann durch Antoninus Pius verordnet, daß im Falle übermäßiger Mißhandlung der Herr den Sklaven verkaufen müsse. Dem Sklaven war es gestattet, sich diesfalls an die Obrigkeit zu wenden. Darin liegt allerdings noch keine Anerkennung eigener Rechtsfähigkeit und Berechtigung des Sklaven, doch aber schon eine, freilich schwache, Berücksichtigung der Menschenwürde.

Sklave wird man nach römischem Recht in folgender Weise:

1. durch die Geburt. Das von einer Sklavin *(serva, ancilla)* geborene Kind ist *iure civili* und *gentium* wieder Sklave, der Vater mag wer immer gewesen sein. Im zweiten Jahrhundert n. Chr. wurde aber dieser Grundsatz dahin gemildert, daß das Kind nur dann Sklave wird, wenn die Mutter während der ganzen Zeit ihrer Schwangerschaft bis zur Geburt ununterbrochen Sklavin war. War sie während dieser Zeit auch nur einen Moment frei, so wurde das Kind ein Freier, sollte sie auch als Sklavin es geboren haben.

2. Durch Verlust der Freiheit. Dieser tritt ein:

a) Nach *ius civile* und *gentium* durch *captivitas*, d. h. dadurch, daß man als Kriegsgefangener oder sonst in die Gefangenschaft bei einem fremden Volke kommt.*)

*) Genauer war das Schicksal der Kriegsgefangenen der Römer Folgendes: Durch die Gefangennahme verfielen sie der Willkür des Siegers. Ihre Behandlung seitens des Feldherrn war dann eine verschiedene: Entweder er behielt sie für den römischen Staat zu gemeinen Dienstleistungen, stellte sie z. B. als Ruderknechte ein; diese wurden Sklaven

b) Nach *ius civile.* Danach verliert man die Freiheit durch Verkauf in die Fremde *(trans Tiberim)*, z. B. Schulden halber oder als *incensus*, ferner durch Verurteilung zum Tode oder zur lebenslänglichen Zwangsarbeit in den Bergwerken (die Verurteilten sind *servi poenae)*, weiter dadurch, daß man als Freier bewußt *pretii participandi causa venumdari se passus est.* Desgleichen verfiel nach einem *S. C. Claudianum* die Freie in Sklaverei, welche mit einem Sklaven geschlechtlichen Umgang hatte und trotz dreimaliger Aufforderung *(denuntiatio)* des Herrn davon nicht abließ. Endlich konnte auch der Manumissor den von ihm Freigelassenen wegen groben Undankes wieder in *servitutem redigere.* Das setzte Intervention des Magistrats, später ein diesbezügliches auf Antrag des Manumissor *(accusatio ingrati)* gefälltes Urteil voraus.

§ 28.

Status libertatis. Freigeborene und Freigelassene.

Gai. I, 10—47; *Frag. Dos.* § 4 sq.; J. I. 4—7.

Die rechtliche Stellung der Sklaven ist nach römischem Rechte eine durchaus gleiche *(servorum una condicio est)*, da dieses rechtliche Unterschiede innerhalb der Unfreiheit nicht kennt. Dagegen ist die rechtliche Stellung der Freien eine verschiedene. Von den Unterschieden innerhalb der Freien kommt hier bloß der zwischen Freigeborenen und Freigelassenen in Betracht. Ein Freigeborener *(ingenuus)* ist der, welcher von einer freien Mutter, beziehungsweise einer solchen Frauensperson geboren ist, die während ihrer Schwangerschaft auch nur einen Moment lang frei war (§ 26). Ein Freigelassener *(libertinus,* in Beziehung zu seinem früheren Herrn heißt er *libertus*, z. B. *Catilina cum libertis suis)*, dagegen ist der, welcher nicht schon kraft der Geburt frei ist, sondern die Freiheit erst durch Freilassung *(manumissio)* erlangt hat. Diese ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, durch welches der Eigentümer den Sklaven zur Person macht. Sie ist mit dem bloßen Aufgeben des Eigentums am Sklaven nicht zu verwechseln, da dadurch der Sklave nicht frei, sondern nur herrenlos wird (§ 26).

I. Der auf Freilassung gerichtete Wille des Eigentümers muß in bestimmter Form erklärt werden. Die Freilassung ist ein formelles Rechtsgeschäft. Die Formen der Freilassung waren folgende:

A. Das alte Recht kennt drei Manumissionsformen:

1. Die *manumissio vindicta.* Diese bewegte sich in den Formen des Freiheitsprozesses, erscheint daher formell zwar als zweiseitiger Akt, bleibt aber der Sache nach doch nur ein einseitiges Rechtsgeschäft, da es inhaltlich nur auf den Willen des Manumissors ankommt. Sie geht vor

des Staates *(servi publici)*; oder er verkaufte sie zu Gunsten des Ärars *(sub corona vendere)*, dadurch wurden sie Sklaven des Käufers; oder endlich er beließ ihnen die persönliche Freiheit, dann hatten sie die Stellung der *dediticii* (§ 29 No. 2).

dem Prätor oder Provinzialstatthalter vor sich und setzt Anwesenheit des Herrn, eines *assertor in libertatem* und des Sklaven, als Objekt des Prozesses, voraus. Herr und *assertor* legen Hand an den Sklaven und berühren ihn jeder mit einem Stabe, der *vindicta (festuca)*. Hiebei spricht der *assertor*, welcher formell als Kläger fungiert, die solenne Rechtsbehauptung aus, wahrscheinlich mit den Worten: *„aio hunc hominem ex iure Quiritium liberum esse."* In unmittelbarem Anschluß an diese *vindicatio in libertatem* des *assertor* fragt der Prätor den Herrn als Beklagten: *„an contravindicet?"* worauf jedoch dieser die im ernstlichen Prozesse erforderliche *contravindicatio (in servitutem)* unterläßt, dem Sklaven einen Backenstreich gibt, ihn im Kreise herumdreht und losläßt *(manu mittere)*. Dadurch manifestiert er in solenner Weise seinen Freilassungswillen, woraufhin der Magistrat die Freilassung als vollzogen erklärt. Hiemit wird der Sklave frei, wenn der Beklagte, d. i. der Manumissor, das erforderliche Eigentum am Sklaven hatte. Als *assertor* fungierte gewöhnlich ein Liktor; später fiel die geschilderte prozessuale Form nebst dem *assertor* ganz weg, und es blieb nur die Gerichtlichkeit des Aktes übrig. Der Herr gab in Anwesenheit des Sklaven bei Gericht seinen Manumissionswillen zu Protokoll, woraufhin das Gericht den Sklaven als freigelassen erklärte. Dies ist die Gestalt der *manumissio p. v.* im Justinianischen Recht.

2. Die *manumissio censu* erfolgte dadurch, daß sich der Sklave gelegentlich des Zensus *iussu domini* beim Zensor meldete *(profiteri)* und dieser ihn in die Liste der Bürger einschrieb. Diese Zuerkennung des Bürgerrechtes durch den Zensor wurde jedoch erst mit dem feierlichen Sühnopfer, welches den Zensus abschloß *(lustrum conditum)*, perfekt. Erst hierdurch und konsequenterweise wohl auch erst von da an wurde der Sklave frei. Im ersten Jahrhundert n. Chr. verschwand mit dem *lustrum* auch die *manumissio censu*.

3. Die *manumissio testamento* endlich besteht darin, daß der Eigentümer seinen Sklaven im giltigen Testament (oder konfirmierten Kodizill) freiläßt: *Stichus servus meus liber esto, Stichum liberum esse iubeo.* Sie trat erst nach dem Tode (§ 19) des Manumissors u. zw. durch den Erwerb der Erbschaft durch den Testamentserben in Kraft. Erst in diesem Moment wurde der Sklave ohne Zutun des Erben frei. Diese Freilassung konnte auch unter einer Bedingung erfolgen, dann wurde der Sklave mit dem Tode des Testators bloß *statuliber*, frei wurde er erst mit der Erfüllung der Bedingung, sollte er auch in der Zwischenzeit vom Erben veräußert worden sein *(statuliber condicionem libertatis secum trahit)*. Von dieser *manumissio testamento* ist die sog. *fideicommissaria libertas* zu unterscheiden, welche darin besteht, daß der Testator nicht selbst den Sklaven *(testamento)* freiläßt, sondern nur seinen Erben beauftragt, ihn frei zu lassen. Sie begründet nur die Verpflichtung des Erben zur Manumission; frei wird der Sklave erst durch den vom Erben vorzunehmenden Manumissionsakt

(s. IV.). Folgeweise wird er nicht, wie bei der *manumissio testamento, libertus orcinus i. e. testatoris,* sondern *libertus* des Erben.

B. Von den alten Manumissionsformen war die *per testamentum* immer zugänglich, während die Manumissionen *inter vivos* (§ 19, Nr. 3): *per vindictam* und *censum,* an Voraussetzungen gebunden waren, die nicht immer beschafft werden konnten. Dies führte zur Aufstellung von Manumissions-Formen durch den Prätor. Solche prätorische Manumissionen waren die *manumissio inter amicos* und die *per epistolam.* Selbe bestanden in der ausdrücklichen Erklärung des Manumissionswillens durch den Eigentümer entweder vor (einer nicht bestimmten Zahl von) Zeugen *(inter amicos)* oder in einer schriftlichen Urkunde *per epistolam.* Durch diese prätorischen Manumissionen wurde der Sklave jedoch rechtlich nicht frei, er blieb rechtlich Sklave, wurde aber vom Prätor im tatsächlichen Genuß der Freiheit, selbst gegen spätere Willensänderung des Herrn geschützt *(in libertate esse, morari).* Durch die *lex Iunia (Norbana*)* wurde dieser prätorisch geschützte tatsächliche Freiheitszustand zu einer rechtlichen, allerdings minderen Freiheit, der sog. Latinität erhoben (III, 2). Dieselbe Behandlung wurde in nachklassischer Zeit der *manumissio per convivium* zuteil, bei welcher die Manumissionsform darin bestand, daß der Eigentümer den Sklaven zu Tische zog, verbunden mit einer Erklärung des Manumissionswillens. Schließlich hat Justinian gelegentlich der Herstellung einheitlicher Manumissionswirkung die prätorischen Manumissionen zu rechtlich voll wirksamen erhoben und zugleich die Formen derselben dahin präzisiert, daß die für die *manumissio inter amicos* ausdrückliche mündliche Erklärung des Manumissionswillens vor fünf Zeugen, für die *per epistolam* Fertigung des Freilassungsbriefes durch fünf Zeugen erforderlich sein solle. Die *manumissio per convivium* war bereits außer Übung gekommen.

C. Eine neue Freilassungsform kam in der christlichen Zeit auf. Konstantin bestimmte nämlich, daß die Manumission mit voller Wirkung auch durch Erklärung vor dem Geistlichen und der versammelten Gemeinde erfolgen könne. Auch diese *manumissio in ecclesia* ist ins Justinianische Recht übergegangen.

II. Das Freilassungsrecht, welches dem Eigentümer zustand, und das von den Römern als Ausfluß des Eigentums angesehen wurde, war in seinen Konsequenzen für das Gemeinwesen nicht ungefährlich, denn nicht immer waren es die besten Elemente, welche dadurch der Bürgerschaft zugeführt wurde. Den Mißbrauch dieses Rechtes wenigstens einigermaßen hintanzuhalten, bezwecken zwei Gesetze aus der Zeit des Augustus, die *lex Aelia Sentia,* 757 d. St. (4 n. Chr.), und die *lex Fufia Caninia,* 761 d. St. (8 n. Chr.).

A. Die Hauptbestimmungen der *lex Aelia Sentia* sind folgende:

1. Um leichtsinnige und unverdiente Freilassungen hintanzuhalten, bestimmte sie, daß ohne ausreichende Gründe kein Herr vor dem

*) S. Wlassak, Zeitschr. für Rechts-Geschichte, XXVI.

vollendeten zwanzigsten Lebensjahre manumittieren und kein Sklave vor dem vollendeten dreißigsten Lebensjahre manumittiert werden dürfe. Die Prüfung dieser Gründe *(causae probatio)* erfolgte durch besondere in Rom und in den Provinzen hiefür bestehende Kommissionen.

2. Sklaven, welche wegen Verbrechen schwere Strafen erlitten hatten, z. B. gebrandmarkt waren, sollten durch die Freilassung nicht das Bürgerrecht, sondern nur die Stellung der *peregrini dediticii* erlangen.

3. Manumissionen, welche nur in der Absicht geschahen, die Gläubiger zu verkürzen *(in fraudem creditorum)* oder das Erbrecht des Patrons zu schmälern *(in fraudem patroni)* (§ 141), waren verboten und nichtig *(lex perfecta)*. Doch ist es auch dem Insolventen behufs Abwendung der Schande des Konkurses gestattet, einen seiner Sklaven selbst unter dreißig Jahren *testamento* freizulassen und zugleich zum Erben einzusetzen *(Stichus servus meus liber et heres esto)*. Wird auf Grund dieses Testamentes niemand Anderer Erbe, so wird der Sklave frei, *civis Romanus* und Erbe. Die Bestimmungen 1 und 2 gelten dann nicht.

B. Die *lex Fufia Caninia* bezog sich nur auf testamentarische Freilassungen. Um das Übermaß derselben einzuschränken, wurde bestimmt, daß der Testator, sofern er mehr als zwei Sklaven hat, nur eine verhältnismäßige Zahl *testamento* manumittieren dürfe. Wer z. B. drei Sklaven hatte, durfte nur zwei, wer vier bis zehn hatte, nur die Hälfte, wer elf bis dreißig hatte, nur ein Drittel manumittieren usw. Das absolute Maximum testamentarischer Manumissionen in einem Testament war 100. Jede die erlaubte Zahl übersteigende Manumission war nichtig.

Von diesen gesetzlichen Beschränkungen der Manumission hat Justinian die *lex Fufia Caninia* ganz, die *lex Aelia Sentia* dagegen zum größten Teile beseitigt, indem er nur den Punkt 3 und die das Alter des Herrn betreffende Bestimmung 1 soweit fortbestehen ließ, als es sich um Manumissionen *inter vivos* handelte. Testamentarische Freilassungen sollte schließlich (*Nov.* 119, *c.* 2) auch schon der testamentsfähige *pubes* giltig vornehmen dürfen.

III. Durch die Freilassung wird der Sklave frei, also Person.

A. Doch war die Stellung der Freigelassenen nach älterem Recht keine gleiche, da sie entweder *cives Romani* oder *Latini Iuniani* oder endlich *peregrini dediticii* waren.

1. *Civis Romanus* wurde der Freigelassene dann, wenn er in gehöriger Weise durch eine der drei alten Manumissionsarten oder *in ecclesia* manumittiert wurde.

2. Wurde er dagegen in den prätorischen Formen *(inter amicos, per epistolam)*, oder *per conviv* manumittiert oder war der Manumissor nicht quiritischer Eigentümer, so erlangte er seit der *lex Iunia* die Rechtsstellung eines *Latinus* (§ 29) und wurde als *Latinus Iunianus* bezeichnet. Dieselbe Stellung kam dann nach Erlassung der *lex Aelia Sentia* solchen Sklaven zu die vor

Vollendung des dreißigsten Lebensjahres ohne vorgängige *causae probatio* manumittiert waren.

3. Welche Sklaven endlich durch die Manumission nur *peregrini dediticii* wurden, ist bereits oben (II. *A.* 2) gesagt worden. Sie durften sich in Rom und Umgebung nicht aufhalten und sollten gar keinen Zutritt zur Zivität haben.

Justinian hob diese rechtlichen Unterschiede der Freigelassenen auf, indem er bestimmte, daß jede giltige Manumission Freiheit und Zivität begründen solle.

B. Aber auch dann, wenn der Freigelassene römischer Bürger wurde, war er dem *ingenuus* gegenüber rechtlich zurückgesetzt. Obwohl Bürger, hatte er kein *ius honorum* (d. h. kein passives Wahlrecht) und meistens nur ein minderwertiges *ius suffragii* (d. h. aktives Wahlrecht, Stimmrecht in den Komitien). Auch in privatrechtlicher Hinsicht namentlich was seine Ehefähigkeit anbelangt (§ 106 Nr. 3), stand der Freigelassene dem *ingenuus* nicht gleich. Da er seine Existenz als Rechtssubjekt dem Manumissor verdankt, so steht er überdies zu diesem, als seinem *patronus*, in einem Respektsverhältnis, das dem Verhältnis der Kinder zu den Eltern analog ist und als *patronatus* bezeichnet wird. Es ist dies ein gegenseitiges Verhältnis, das von der Seite des Patrons als ein Schutzverhältnis, von Seite des *libertus* dagegen als ein Abhängigkeitsverhältnis erscheint.

1. Das *ius patronatus* steht dem Manumissor zu; diesem gegenüber heißt der Freigelassene *libertus*. Es vererbt sich auf alle Kinder des Patrons (sofern er es nicht einem oder einigen derselben durch *adsignatio liberti* besonders zugewiesen hat), erstreckt sich dagegen nicht mehr auf die Kinder des Freigelassenen, denn diese sind bereits *ingenui*.

2. Der Inhalt des *ius patronatus* ist im Wesen folgender:

a) Der *libertus* schuldet dem Patron und dessen Kindern *obsequium* und *reverentia*. Er soll sie und die Eltern des Patrons nicht ohne Erlaubnis des Prätors *in ius* vozieren und darf gegen diese Personen überhaupt keine infamierenden Klagen (§ 35) anstellen.

b) Er ist dem Patron zu „Ergebenheitsdiensten" verpflichtet. Dieselben gehören zum *officium* (daher *operae officiales*) und richten sich nach den Verhältnissen des Patrons und des *libertus*. Beispiele solcher *operae* sind: Ehrendienste, den Patron auf Reisen begleiten, in seiner Abwesenheit sein Haus bewachen u. dgl. Eine Klage *(operarum actio)* wegen Nichtleistung solcher Dienste hat jedoch der Patron gegen den *libertus* nur dann, wenn dieser sich nach der Freilassung durch Stipulation oder Eid *(iurata promissio)* zu derartigen *operae* besonders verpflichtet hat. Durch Stipulation konnte aber auch eine Verpflichtung des *libertus* über das *officium* hinaus zu *operae fabriles* begründet werden, d. h. zu solchen, welche in Ausübung eines Handwerkes oder einer Kunst, die der *libertus* betreibt, geleistet werden. Ging die *operarum obligatio* soweit, daß sie eine der

Freiheit widersprechende Abhängigkeit des *libertus* begründete, so schützte ihn der Prätor dagegen durch die *exceptio libertatis exonerandae causa.*

c) Der Patron, dessen Kinder und Eltern haben im Falle ihrer Verarmung gegen den *libertus* einen Alimentationsanspruch; endlich

d) haben der Patron und gewisse Verwandte desselben ein gesetzliches Erbrecht gegen den *libertus.*

3. Das Patronatsrecht erlischt durch Verwirkung, z. B. dadurch, daß der Patron den *libertus* in der Not nicht unterstützt. Dadurch wird der *libertus* nur vom Patronat befreit, ohne die Rechte der Ingenuität zu erlangen. Diese erlangt er:

a) bei Fortbestand des Patronats durch kaiserliche Verleihung des *ius annuli aurei;*

b) mit gleichzeitiger Befreiung vom Patronat durch kaiserliche *restitutio natalium,* welche Zustimmung des Patrons voraussetzte.

IV. Ausnahmsweise konnte ein Sklave auch ohne Freilassung die Freiheit erlangen. So *ex edicto D. Claudii* zur Strafe des Herrn, wenn dieser den Sklaven *ob gravem infirmitatem* derelinquirte. So ferner zur Belohnung des Sklaven *ob necem domini detectam.* Weiter nach mehreren Senatuskonsulten aus den Zeiten Trajans und Hadrians im Falle der *fideicommissaria libertas.* Unterblieb nämlich daraufhin die Freilassung des Sklaven und stellte sich der hiezu verpflichtete Erbe trotz Ladung beim Prätor nicht, so erklärte dieser den Sklaven *causa cognita* durch Dekret für frei, was die Wirkung hatte: *ac si directo testamento manumissus esset.* Nach einem Gesetze Leos sollte die Aufnahme eines Sklaven unter die kaiserlichen *cubicularii,* nach einem Gesetze Justinians die Aufnahme als Kloster- oder Weltgeistlicher die Freiheit zur Folge haben. Endlich wurde ein Sklave auch dadurch frei, daß er sich durch 20 Jahre ungestört und *bona fide in possessione libertatis* befand. Im zweiten und dritten Fall wurde der Sklave *libertus orcinus;* in den übrigen Fällen entstand ein Patronat nicht.

§ 29.

Der *status civitatis.* Bürger und Nichtbürger.

Gai, I, 13, 17, 27—31, 67—70, 95, 96; III, 56.

Einfluß auf die Rechtsfähigkeit hat das Verhältnis, in dem der Freie zum römischen Staat steht, ob er Bürger oder Nichtbürger ist. Unter den Nichtbürgern haben wieder die *Latini* eine bevorzugte Stellung, so daß man infolgedessen *cives Romani, peregrini* und *Latini* unterscheidet.

Die römische Zivität ist nicht nur die Quelle der politischen Berechtigung (des *ius suffragii et honorum*), sondern auch die der vollen Privatrechtsfähigkeit. Der *civis Romanus* ist nicht nur der Geschäfte und Verhältnisse des *ius gentium,* sondern auch der des *ius civile* rechtlich fähig.

Diese zivile Rechtsfähigkeit wird als das römische *commercium* und *conubium* bezeichnet. Ersteres ist die Rechtsfähigkeit zu den römischen Geschäften und Vermögensrechten, insbesondere zur *mancipatio* und zum quiritischen Eigentum; letzteres ist die Rechtsfähigkeit zur römischen Ehe und den römischen Familienverhältnissen. Nur der römische Bürger kann regelmäßig im *legitimum matrimonium* stehen, Mitglied der römischen Familie sein usw.

Peregrinus (hostis) ist vom römischen Standpunkt aus der Nichtbürger. Er ist (von besonderer Konzession abgesehen) nicht des römischen *ius civile*, sondern nur des *ius gentium* fähig, kann kein *dominium ex I. Q.*, sondern nur *dominium ex iure gentium* haben, keine römische Ehe, wohl aber ein *matrimonium ex iure gentium* eingehen usw.

1. Regelmäßig war der *peregrinus* Angehöriger einer eigenen unter römischer Herrschaft stehenden *civitas*. Als Bürger derselben war er ihres *ius civile* fähig, das wieder dem Römer, als Nichtbürger, verschlossen war. So konnte z. B. der Athener, zwar nicht nach römischem Recht, wohl aber nach athenischem Recht ein Testament errichten, adoptieren usw.

2. Ausnahmsweise konnte dem *peregrinus* aber auch jedes Bürgerrecht fehlen. Dies war der Fall bei den *dediticii*, deren *civitas* durch die Eroberung seitens der Römer vernichtet worden war. Diesen mit Waffengewalt Überwundenen, denen bloß die individuelle Freiheit aus Gnade belassen worden war, wurden dann durch die *lex Aelia Sentia* bekanntlich gewisse Freigelassene gleichgestellt (§ 28). Mangels jedes Gemeinwesens und Bürgerrechtes haben diese *peregrini dediticii* gar keine zivile Rechtsfähigkeit, sondern nur die Rechtsfähigkeit *ex jure gentium*. Unter Caracalla wurde die römische Zivität allen damaligen Reichsangehörigen (mit Ausnahme der *dediticii*), sofern sie nicht schon *cives* waren, verliehen. Seitdem verschwinden die mit einem Heimatsbürgerrecht ausgestatteten *peregrini*. Von jetzt an waren *peregrini* innerhalb des Reiches nur die daselbst verweilenden Reichsfremden sowie diejenigen, welche seit der Konstitution Caracallas nach der *lex Aelia Sentia* durch Manumission *peregrini* wurden.

Eine bevorzugte Stellung unter den *peregrini* genossen nach römischem Recht die *Latini*, indem sie das sog. *ius Latii* hatten. Die älteste Art waren die Angehörigen des lateinischen Bundes, des sog. *nomen Latinum*. Diese hatten vermöge des Bundesverhältnisses, dem ja auch Rom angehört hatte, die volle Verkehrsgemeinschaft mit den Römern, das zivile *commercium*, vielleicht auch das *conubium*. Es fehlte ihnen aber mit der Zivität natürlich die römische politische Berechtigung; doch konnten sie sich auch diese mit der Zivität dadurch verschaffen, daß sie nach Rom übersiedelten. Dieses *ius Latii* hatten ferner auch die alten vor dem Jahre 486 d. St. (268 v. Chr.) deduzierten lateinischen Kolonien. Diese Art der Latinität erlosch durch die Verleihungen des römischen Bürgerrechtes, welche infolge des Bundesgenossenkrieges und später an die italischen Gemeinden erfolgten. Das *ius*

Latii hörte aber dadurch nicht auf, indem es seit dem siebenten Jahrhundert an außeritalische Städte, ja sogar an ganze Provinzen (so z. B. an *Gallia transpadana* 665 d. St. (89 v. Chr.), an Spanien durch Vespasian) verliehen wurde. Die Angehörigen solcher Städte und Länder sind die *Latini Coloniarii*. Diese hatten außer der lateinischen Städteverfassung einen gesetzlich geregelten Übergang zur Zivität (indem bald ihre *magistratus*, bald schon die *decuriones* kraft Gesetzes die römische Zivität erlangten; ersteres war das sog. *Latium minus*, letzteres das *maius*) und genossen endlich auch noch das römische *ommercium*, dagegen entschieden nicht mehr das *conubium*. Diese Art der Latinität erreichte ihr Ende durch die vorerwähnte Konstitution Caracallas, welche auch die *Latini Coloniarii* zu römischen Bürgern machte. Endlich seit der *l. Iunia (Norbana)* gab es auch noch sog. *Latini Iuniani*, d. s., wie wir bereits gesehen haben, Freigelassene, welche aus den oben (§ 28, III, A. 2) erwähnten Gründen nicht die Zivität, sondern nur die Latinität erlangten. Diese hatten auch kein römisches *conubium*, wohl aber das *commercium*, jedoch mit gewissen Beschränkungen. In Nachwirkung des Umstandes, daß diese Freigelassenen vor der *lex Iunia (Norbana)* nur faktisch frei, rechtlich aber Sklaven waren, sollte auch jetzt nach der Bestimmung des Gesetzes ihr Nachlaß an den früheren Herrn fallen, gerade so, als wären sie als Sklaven verstorben. Folgeweise konnten sie auch kein Testament machen. Auch ihnen war aber die Begünstigung zuteil, daß sie in gesetzlich vorgezeichneter Weise zur Zivität gelangen konnten, so z. B. durch sechsjährigen Nachtwächterdienst in Rom. Solche *Latini Iuniani* gab es auch noch nach der Konstitution Caracallas.

Aus dem Vorstehenden ist ersichtlich, daß Peregrinität und Latinität schon lange vor Justinian ihre frühere große Bedeutung verloren hatten. Seit Caracalla waren *peregrini* und *Latini* nur mehr die bereits öftergenannten Freigelassenen. Alle übrigen Reichsangehörigen waren *cives Romani*. Ganz beseitigt hat diese Unterschiede erst Justinian durch die vorerwähnte Reform der Freilassungswirkung. Demgemäß sind nach neuestem römischen Recht alle dem römischen Reiche angehörigen Freien römische Bürger.

§ 30.

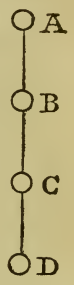
Der *status familiae.* Die natürliche Familie. Verwandtschaft und Schwägerschaft.

J. *de grad. cog.* III, 6; l. 4. § 3—5. D. *de grad.* 38. 10.

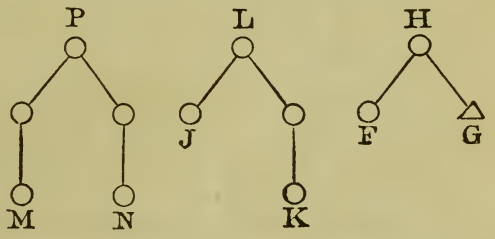
Im Sinne des *ius gentium* versteht man unter der Familie die durch die Gemeinschaft des Blutes *(cognatio naturalis)* miteinander verbundenen Personen. Dieses durch Abstammung (Erzeugung oder Geburt) vermittelte physische Verhältnis der Blutsverwandtschaft findet sich beim Tier wie beim Menschen, beim Sklaven wie beim Freien, hat aber rechtliche

Bedeutung nur bei letzterem (§ 26). Die auf der Abstammung beruhende Verbindung der Blutsverwandten kann eine doppelte sein.

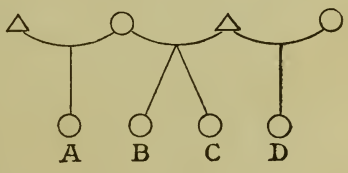
Entweder sind nämlich zwei Personen deswegen miteinander verwandt, weil die eine von der anderen, unmittelbar oder mittelbar abstammt, z. B. Mutter und Sohn, Großmutter und Enkel. Dies ist die Verwandtschaft in der graden Linie *(linea recta)*, welche eine absteigende *(linea descendens)* und aufsteigende *(linea ascendens)* ist. Demzufolge heißen die in grader absteigender Linie Verwandten: Deszendenten, die in grader aufsteigender Linie Verwandten dagegen: Aszendenten. So ist *A* Aszendent von *B*, *C*, *D*, welche seine Deszendenten sind: so hat ferner *B* den *A* als Aszendenten, *C* und *D* dagegen als Deszendenten.



Oder es sind zwei Personen deswegen miteinander verwandt, weil beide von einem und demselben Dritten abstammen. Dies ist der Fall der Seitenverwandtschaft, der *linea transversa*, der Kollateralen. So sind im nebenstehenden Beispiel Seitenverwandte die Geschwister *F* und *G*, weil sie vom Vater *H*, der Oheim *J* und der Neffe *K*, weil sie vom *L*, die Geschwisterkinder *M* und *N*, weil sie beide vom *P* abstammen usw. Geschwister, welche Vater und Mutter gemeinsam haben, sind vollbürtige *(fratres germani, sorores germanae)*, während die, welche nur einen Elternteil gemeinsam haben, halbbürtige Geschwister sind. Haben sie bloß die Mutter gemein, so heißen sie *uterini*, während *consanguinei* überhaupt die sind, welche denselben Vater haben, sie mögen von derselben Mutter oder von verschiedenen Müttern herrühren.



Der *frater consanguineus* kann somit ein halbbürtiger oder auch ein vollbürtiger Bruder sein. *A*, *B*, *C* sind *consanguinei*, u. zw. ist *A* zu *B* und *C* ein halbbürtiger, *B* zu *C* dagegen ein vollbürtiger Bruder. Dagegen ist *D* zu *B* und *C* ein *uterinus*. *A* und *D* endlich stehen in gar keinem Verwandtschaftsverhältnis.



Die Verwandtschaft zwischen zwei Personen kann eine mehrfache sein. Dies ist dann der Fall, wenn diese Personen miteinander aus mehrfachen Gründen verwandt sind. Beispiele solcher mehrfacher Verwandtschaft sind folgende:

B ist in Fig. 1 mit *A* mehrfach verwandt, da dieser sowohl von der Vaterseite wie auch von der Mutterseite her sein Urgroßvater ist. Weiter ist *B* auch mit *C* mehrfach verwandt, da er sowohl väterlicherseits (durch

Vermittlung des *F*), als auch mütterlicherseits (durch Vermittlung der *D*) mit dem *C* verwandt ist.

Fig. 1.

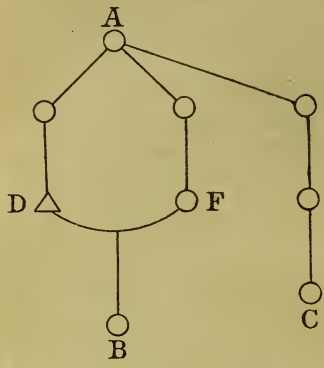
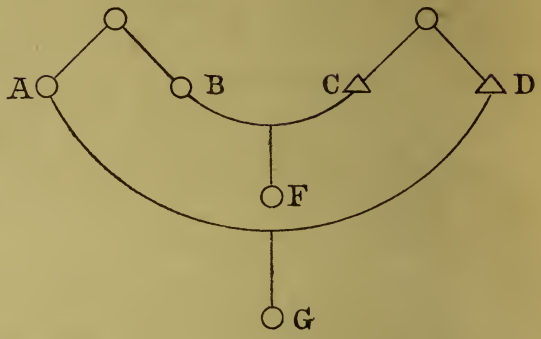


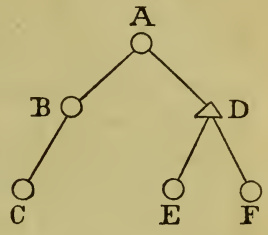
Fig. 2.



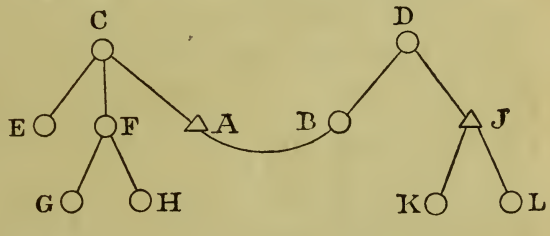
Desgleichen sind *F* und *G* in Fig. 2 miteinander doppelt verwandt, da nicht bloß ihre Väter *A* und *B*, sondern auch ihre Mütter *C* und *D* Geschwister sind.

Innerhalb der durch die Blutsgemeinschaft vermittelten Verwandtschaft besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen der Verwandtschaft mit der Mutter und den mütterlichen Verwandten einerseits und der Verwandtschaft mit dem Vater und den väterlichen Verwandten anderseits. Da die erstere auf der Geburt von einer bestimmten Frauensperson beruht, so steht sie von Natur aus fest und ist immer erkennbar *(mater semper certa est)*. Dagegen beruht die letztere auf der Zeugung durch eine bestimmte Mannsperson, die nicht erkennbar und daher unsicher ist. Deshalb erkennt das Recht die Verwandtschaft mit der Mutter und folgeweise mit den mütterlichen Verwandten immer und gleichmäßig an, es mag sich um eheliche oder uneheliche Kinder handeln. Das von der *A* geborene uneheliche Kind ist mit ihr und ihren Verwandten geradeso verwandt wie das von ihr geborene eheliche Kind. Der Mutter und den mütterlichen Verwandten gegenüber stehen sich beide gleich. Was dagegen die Verwandtschaft mit dem Vater und den väterlichen Verwandten anbelangt, so wird diese nur bei ehelichen Kindern anerkannt. Die juristische Vermittlung zwischen Vater und Kind bildet die Ehe, indem das Recht die Vermutung aufstellt, daß das von einer Ehefrau geborene Kind von ihrem Ehemann erzeugt sei *(pater est, quem nuptiae demonstrant)*, folgeweise ist dann das eheliche Kind auch mit den Verwandten seines Vaters verwandt. Bei dem unehelichen Kinde ist diese Präsumption unanwendbar; dieses hat daher juristisch keinen Vater *(quasi sine patre)* und folgeweise auch keine väterlichen Verwandten. Nur ausnahmsweise wird bei gewissen unehelichen Kindern das Vaterschaftsverhältnis berücksichtigt.

Die Nähe oder der Grad der Verwandtschaft (*gradus cognationum*) bestimmt sich sowohl in grader Linie wie in der Seitenlinie nach der Zahl der Zeugungen (*generationes*), welche zwischen den beiden Personen liegen, deren Verwandtschaft miteinander bestimmt werden soll (*tot gradus, quot generationes*). *A* ist somit mit jedem seiner Kinder *B* und *D* im ersten Grad, mit jedem Enkel *C*, *E* und *F* im zweiten Grad (u. zw. grader Linie) verwandt. *B* ist mit seiner Schwester *D* im zweiten, mit seinen Neffen *E* und *F* im dritten Grad verwandt. In demselben Grad der Verwandtschaft stehen *D* und *C*. Endlich ist *C* mit *E* und *F* im vierten Grad verwandt, welche wieder zueinander im zweiten Grad der Verwandtschaft stehen.



Von der auf der Blutsgemeinschaft beruhenden Verwandtschaft ist die Schwägerschaft (*affinitas*) verschieden. Diese basiert nicht auf Zeugung oder Geburt, sondern auf der Ehe. Sie ist nur das Verhältnis des einen Ehegatten zu den Verwandten des anderen Ehegatten. Die beiderseitigen Verwandten der Ehegatten sind miteinander nicht mehr verschwägert. Demnach ist die *A* verschwägert mit den Verwandten ihres Mannes: *D, J, K, L;* ebenso der *B* mit den Verwandten seiner Frau: *C, E, F, G, H.* Dagegen sind *C, E, F, G, H* nicht mehr verschwägert mit *D, J, K, L.* Die Schwägerschaft endigt mit der Ehe, auf der sie beruht, doch tritt das durch sie begründete Ehehindernis erst mit Auflösung der betreffenden Ehe, also mit Aufhebung der Schwägerschaft in Kraft.



§ 31.

Der *status familiae.* Die Familie des *ius civile.* Die Agnation.

l. 105, § 1, 2. D, *d. V. S.* L. 16; Gai. I. 156; l. 4. l. 10 D. *de grad.* 38. 10.

Eine andere Auffassung der Familie und der Verwandschaft tritt uns im römischen *ius civile* entgegen. Danach ist die Basis dieser Begriffe nicht das physische Verhältnis der Blutsgemeinschaft, sondern das juristische Moment der Hausangehörigkeit. Die römische Familie besteht nämlich nicht aus der Gesamtheit der Blutsverwandten, sondern vielmehr aus der Gesamtheit der Bürger (*cives*), welche demselben Hause angehören, d. h. durch die hausväterliche Gewalt (*patria potestas* oder *manus*) mit einander verbunden sind oder verbunden sein würden, falls der gemeinsame Stammvater noch leben würde. Nur diese Personen stehen im Verhältnis

*) Unter die sachliche Bedeutung des Wortes *familia*, s. unten § 39, 130.

der *civilis cognatio* oder *agnatio*. Peregrinen haben in der römischen Familie keinen Platz, obgleich sie mit Bürgern gewiß blutsverwandt sein können.

I. Demnach ist der Ausgangspunkt der römischen Familie der *paterfamilias* als der Träger der hausväterlichen Gewalt, er ist der *princeps familiae*. Zu seiner Familie gehören die in seiner *manus* befindliche Ehefrau (§ 107), sodann die seiner *patria potestas* unterstehenden Kinder, seine Söhne und Töchter (§ 114). Weiter aber auch die Ehefrauen seiner Söhne und Sohnesenkel usw. (sofern eine Manusehe besteht), endlich auch die Kinder der Söhne, Sohnesenkel usw. Alle diese Personen werden durch das Band der hausväterlichen Gewalt zusammengehalten, bilden daher im zivilen Sinne die Familie. Nicht mehr zu derselben gehören dagegen die Deszendenten der Töchter, Enkelinnen usw. Diese gehören zur zivilen Familie ihres Vaters oder bilden, falls sie uneheliche sind, jeder für sich den Anfang einer neuen zivilen Familie. Die zivile Familie wird daher nur durch Männer fortgesetzt, weil nur diese Subjekte der die Familienglieder verknüpfenden *patria potestas* oder *manus* sein können.

Stirbt der Gewalthaber, so teilt sich dadurch naturgemäß die bisher eine Familie in mehrere Zweigfamilien. Denn mit dem Tode des *paterfamilias* werden alle seiner Gewalt unmittelbar Unterstehenden, als da sind: seine Ehefrau, seine Söhne und Töchter, die Enkel und Enkelinnen von verstorbenen Söhnen sofort gewaltfrei, während die Kinder lebender Söhne hiemit von selbst in die hausväterliche Gewalt derselben fallen. So haben wir jetzt an Stelle einer Familie mehrere, welche alle aus ersterer hervorgegangen sind und deshalb nach außen hin noch immer eine geschlossene Einheit bilden. Denn alle diese Personen bilden die sog. *familia agnatorum*, da sie ja einer hausväterlichen Gewalt unterworfen wären, wenn der gemeinsame Stammvater noch am Leben wäre.

In weiterer Fortentwicklung erweitert sich die zivile Familie zur *gens*. Diese besteht aus der Gesamtheit derer, welche sich vermöge ihres gemeinsamen Stammnamens *(nomen gentilicium)* als Abstämmlinge eines gemeinsamen Ahnherrn im Mannsstamm dartun *(gentiles)*. Die rechtliche Bedeutung der *gens (ius gentilicium)* ist im Beginn der Kaiserzeit bereits verschwunden.

II. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die römische Familie auf dem Prinzip der Vaterverwandtschaft beruht. Denn maßgebend für sie ist nur die Abstammung von der Vaterseite durch Mannspersonen *(a patre cognati . . . per virilem sexum)*. Die zivile Familie ist daher eine rein agnatische und wird als solche nur durch eheliche Zeugung vermittelt (§ 30). Uneheliche Kinder sind weder Agnaten ihres Vaters noch ihrer Mutter. Auch die eheliche Mutter als solche ist zwar Kognatin, nicht aber Agnatin ihrer Kinder, letzteres ist sie nur kraft der *manus*, der zufolge sie der hausväterlichen Gewalt des Mannes untersteht, diesem gegenüber

filiae loco, ihren Kindern gegenüber somit *sororis loco* ist. Ebensowenig wie die Mutter als solche gehören zur zivilen Familie die Verwandten von der Mutterseite, wie die Brüder, Schwestern der Mutter usw. Onkel *(avunculus)* und Tante *(matertera)* von der Mutterseite sind zwar Kognaten des Kindes ihrer Schwester, nicht aber dessen Agnaten. Dagegen sind Agnaten die Brüder, Schwestern des Vaters, mit a. W. der Oheim *(patruus)* und die Tante *(amita)* von der Vaterseite.

Da die zivile Familie auf dem juristischen Moment der hausväterlichen Gewalt beruht, so konnte man nicht nur durch Abstammung, sondern auch durch bloß juristische Akte in dieselbe gelangen. Das geschah von jeher bei der Ehefrau, sofern diese durch sog. *conventio in manum* in die zivile Familie des Mannes kam; außerdem durch das Geschäft der Adoption (§ 115 II.), durch welches jemand unter gewisser Anlehung an die natürliche Fortpflanzung der Familie so in dieselbe gelangte, als wäre er in derselben als Agnat geboren. Dieser künstlichen Begründung entsprach dann als künstliche Ausscheidung eines Familienmitgliedes, die Emanzipation (§ 116 *B.*).

Immer war aber der Hauptfall der Begründung der Agnation der natürliche durch die Abstammung von einer Mannsperson durch Mannspersonen. Auch der Agnat war gewöhnlich ein Blutsverwandter, nur mußte er es nicht sein. Gerade in der Gestalt der Agnation hat die Blutsverwandtschaft bei den Römern zuerst rechtliche Bedeutung erlangt. Zunächst für dieses Verwandtschaftsgebiet wurde daher auch die Berechnung der Verwandtschaftsnähe aufgestellt, die wir im § 30 kennen gelernt haben. Vater, Sohn usw. stehen auch im ersten Grad der Agnation, agnatische Geschwister *(consanguinei)* im zweiten Grad, *patruus* und Neffen im dritten Grad usw. Dabei werden die nicht auf Abstammung beruhenden Agnationsverhältnisse nach dem Muster der natürlichen beurteilt. So z. B. steht der als Sohn Adoptierte zum Adoptivvater im ersten Grad, zu seinen Adoptivgeschwistern im zweiten Grad usw.; so ist auch die *uxor in manu*, da sie ihrem Manne gegenüber *filiae loco* ist, Agnatin desselben im ersten Grad, Agnatin ihrer Kinder im zweiten Grad, da sie diesen rechtlich *sororis loco* ist usw.

III. Neben dieser zivilen Verwandtschaft der Agnation erlangte dann vorerst durch das Edikt des Prätors die bloß natürliche Blutsverwandschaft des *ius gentium* (§ 30) als zweite Art der *cognatio* eine gewisse rechtliche Bedeutung. Ausgehend davon, daß die Agnaten gewöhnlich auch Blutsverwandte waren, (II) wurde das Verhältnis so geordnet, daß die Agnation, soweit sie reichte, immer (auch dann, wenn sie künstlich durch Adoption usw. begründet war) die Rechte der Kognation gab, nicht aber umgekehrt. So hatte z. B. der Agnat auch das prätorische Erbrecht in der Klasse *unde cognati*, nicht aber der bloße Kognat ein Erbrecht in der agnatischen Klasse *unde legitimi* (§ 135). Durch die Kaisergesetzgebung wurde die Bedeutung der bloßen Kognation immer mehr gesteigert, bis endlich Justinian durch seine Novellen das Verwandtschaftsprinzip des *ius gentium* zum herrschenden

erhob, indem er die rechtliche Bedeutung der Agnation bis auf wenige Überreste beseitigte.

§ 32.

Status familiae. Personae sui und *alieni iuris*

Gai I, 48 fg.; J. *de his qui al. iuris* I. 8.

Nach der Stellung, die der Bürger in der römischen Familie einnimmt, ist er entweder eine *persona sui iuris* oder eine *persona alieni iuris*. *Sui iuris* ist der Gewaltfreie, *alieni iuris* der der *patria potestas* oder *manus* Unterstehende. Das Prototyp des ersteren ist der *paterfamilias*, des letzteren der *filiusfamilias*.

Für das öffentliche Recht ist dieser Unterschied bedeutungslos, denn als Bürger hat auch der *filiusfamilias* das *ius suffragii et honorum* und kann insbesondere auch Konsul werden. Von desto größerer Bedeutung war er für das Privatrecht. Zwar hat auch der *filiusfamilias* kraft der Zivität das römische *conubium* und *commercium*, kann jedoch wegen seiner eigenen Hausuntertänigkeit, so lange er *filiusfamilias* ist, kein Recht haben, weder eine *potestas*, noch ein Vermögensrecht. Denn innerhalb des römischen Hauses gibt es nur einen Berechtigten, den *paterfamilias*.

Das *conubium* des *filiusfamilias* äußert sich darin, daß er Mitglied der römischen Familie ist und eine römische Ehe eingehen kann. Allein, die Kinder aus solcher Ehe fallen nicht in seine *patria potestas*, sondern *ipso iure* in die seines Gewalthabers (ihres Großvaters), desgleichen untersteht die *uxor in manu filii* nicht seiner Gewalt, sondern ebenfalls der seines Vaters, dem gegenüber sie rechtlich *neptis loco* ist. Erst dadurch, daß er durch den Tod seines Vaters *sui iuris* wird, fallen diese Personen hiermit *ipso iure* in seine Gewalt, da alle Voraussetzungen derselben bei ihm vorhanden sind, und die Entstehung einer *potestas* in seiner Person nur durch seine — jetzt weggefallene — eigene Hausuntertänigkeit hintangehalten worden war.

Daß er das *commercium* hat, zeigt sich darin, daß er die zivile Rechtsfähigkeit zu allen Geschäften des *ius civile* (natürlich auch des *ius gentium*) *ex sua persona* hat. Der Erwerb aus den von ihm geschlossenen Geschäften tritt aber wieder nicht in seiner Person, sondern vermöge seiner Gewaltuntertänigkeit, wie beim Sklaven, mit Rechtsnotwendigkeit unmittelbar in der Person seines Vaters ein. Dieser wird durch das Geschäft des *filiusfamilias*, ohne Rücksicht, ob dieser das will oder nicht, Eigentümer, Gläubiger usw. (§ 22 C). Dagegen wirken die Verpflichtungshandlungen des *filius* gegen ihn selbst, so daß dadurch *iure civili* er vollwirksam Schuldner wird,*) was für den Fall von praktischer Bedeutung ist, daß er später durch den Tod des Vaters *sui iuris* wird und eigenes Aktivvermögen erlangt. Die Unfähigkeit des *filiusfamilias*, ein Aktivvermögen zu haben, ist eine Folge

*) Nicht so die *filiafamilias*, die *uxor in manu* und der *in mancipio*, s. §§ 109, 117.

der Organisation des römischen Hauses und kann daher auch durch den Willen des Vaters nicht ausgeschlossen werden. Was dieser etwa dem Sohne schenkt, das kommt zwar tatsächlich in die Macht des Sohnes, bleibt aber rechtlich nach wie vor Vermögen des Vaters, analog dem, was wir beim Sklaven kennen gelernt haben. (§ 27). So nach altem Recht. Wie in der Kaiserzeit diese Vermögensunfähigkeit des *filiusfamilias* schrittweise gemildert wurde, bis man unter Justinian endlich dahin kam, daß dem Hauskinde mit Ausnahme dessen, was es *ex re vel substantia patris* erwarb, jeder Erwerb zufiel, wird im Familienrecht gezeigt werden (§ 114). Betreffs der Unfähigkeit zur *potestas* blieb es auch hier bei den alten Satzungen.

Alieni iuris waren außer den in *patria potestate* und *manu* Befindlichen noch die Sklaven und der Bürger (oder Latinus), der einem andern ins *mancipium* gegeben war; denn dieser stand unter Sklavenrecht, d. h. war *servi loco* (§ 117). In vermögensrechtlicher Hinsicht standen diese Leute den Hauskindern nach älterem Rechte insofern gleich, als auch ihr Erwerb unmittelbar und *ipso iure* dem Gewalthaber zufiel. Milderungen der Vermögensunfähigkeit dieser Leute, welche beim Sklaven in seiner Rechtsunfähigkeit wurzelt, traten auch später nicht ein. Immer ist aber der Unterschied dem *filiusfamilias* gegenüber auch in der älteren Zeit der, daß dieser mit dem Tode des Vaters *sui iuris* wurde, während der Sklave und der in *mancipio* Befindliche auch nach dem Tode des Herrn *alieni iuris* blieben, da sie als Vermögensobjekte in der Person des Erben einen neuen Herrn bekamen.

§ 33.

Die *capitis deminutio.*

Gai. I, 159 fg.; *de cap. min.* I, 16. l. 552. l. 24. D. 49. 15.

Die rechtliche Stellung des Bürgers ist nach dem, was wir bisher gesehen haben, durch den *status libertatis, civitatis* und *familiae* bedingt. Diese drei *status* bestimmen seine rechtliche Individualität, machen ihn mit a. W. grade zu dem bestimmten juristischen *caput,* das er ist. Der Fortfall auch nur einer dieser drei Voraussetzungen des *caput,* mit a. W. jede *prioris status permutatio* vernichtet daher das bisherige *caput* und ist im Sinne des klassischen Rechtes eine *capitis deminutio.* Zwar ist nach jeder solchen *status mutatio* noch immer derselbe Mensch vorhanden, aber doch in anderer rechtlicher Stellung. Er ist nur physisch, nicht auch juristisch, noch dasselbe Wesen, denn die Person, die er bisher gebildet hat, ist jetzt nicht mehr vorhanden, sie ist untergegangen, bezw. juristisch ist eine andere umgewandelt worden. Jede *capitis deminutio* ist nach dieser Auffassung eine Zerstörung der bisherigen Persönlichkeit des Bürgers (§ 25).

Entsprechend den drei *status* gibt es nach der Lehre der klassischen Juristen drei Arten der *capitis deminutio:* die *maxima, media* und *minima.*

1. Die *capitis deminutio maxima* wird bewirkt durch den Verlust der Freiheit. Der Bürger ist zum Sklaven geworden und *servus nullum caput habet.* Wodurch der Freiheitsverlust bewirkt wird, haben wir früher (§ 27) gesehen. Der Hauptfall ist die Kriegsgefangenschaft. Kehrt der *captivus* später zurück, so tritt er kraft des *ius postliminii* von selbst wieder in seine frühere rechtliche Stellung ein, bildlich: das frühere *caput* lebt wieder auf, der frühere Bürger ist jetzt wieder da, ist wieder *paterfamilias* oder *filiusfamilias* in der Familie, der er früher angehört hatte, wieder Eigentümer, Gläubiger, Schuldner so wie er's früher war. Stirbt der Gefangene in der Gefangenschaft, so stirbt er als Sklave. Beerbung eines Sklaven gibt es nicht. Um aber dieselbe hier doch zu ermöglichen, behandelte man diesen Fall so, als wäre der Bürger schon im Augenblicke der Gefangennehmung, also noch als Bürger gestorben. Dieser sog. *fictio legis Corneliae* zufolge wird er auf Grund des von ihm vor der Gefangennehmung errichteten Testaments oder wenn es an solchem fehlt *ab intestato* beerbt.

2. Die *capitis deminutio media* oder *minor* wird bewirkt durch den Verlust der Zivität bei Fortbestand der Freiheit. Mit der Zivität geht auch die dadurch bedingte Angehörigkeit an die römische Familie (§ 31) und selbst das Recht der Blutsverwandtschaft *(ius cognationis)* verloren (§ 31 III.). Solche *capitis deminutio media* erlitt z. B. der *civis Romanus* der ins Exil ging *(exilii causa solum vertere),* in eine lateinische Kolonie als Mitglied deduziert, in der Kaiserzeit zur Deportation verurteilt wurde.

3. Die *capitis deminutio minima* endlich erfolgt durch künstliche Ausscheidung aus der bisherigen römischen Familie, unbeschadet der Zivität und Freiheit. Sie hat daher nur privatrechtliche Bedeutung. Sie wird herbeigeführt durch besondere Rechtsakte, welche *familiae mutatio* bewirken, nämlich durch jede Begründung der *manus,* sowie ferner durch jede Manzipation eines Bürgers, durch Arrogation, *datio in adoptionem* und Emanzipation, von denen später (§§ 115, 116) die Rede sein wird. Denn in jedem dieser Fälle ist nach römischer Vorstellung das bisherige zur Familie *A* gehörige *caput* in privatrechtlicher Hinsicht verschwunden, aus dem Material desselben ist ein anderes, eine neue Familienstellung einnehmendes *caput* geworden. Keine *capitis deminutio,* weil gar keine Ausscheidung aus der bisherigen Familie, bewirkt der Tod des Familienhauptes; dieser führt zur natürlichen Teilung der Familie, die Kinder werden dadurch *sui iuris,* bleiben aber in derselben zivilen Familie. Zwar Ausscheidung, aber doch keine *capitis deminutio,* lag endlich in der *inauguratio* eines Haussohnes als *flamen Dialis* und in der *captio* einer Haustochter als *virgo Vestalis.*

Die Schicksale des Vermögens des *capite minutus* waren verschieden. Wie es mit dem Vermögen der Kriegsgefangenen gehalten wurde, haben wir gesehen. Das Vermögen des *trans Tiberim* Verkauften (§ 27) fiel an seine Gläubiger, das des *incensus* (§ 27) an den Staat, desgleichen das des Deportierten *(publicatio bonorum).* Sonst hatte die *capitis deminutio media*

wohl nur die Folge, daß die zivilen Vermögensverhältnisse als solche erloschen. Im Falle der *capitis deminutio minima* gingen immer (auch im Falle der Emanzipation) alle Geschäftsschulden des *capite minutus* unter, während von seinen Vermögensrechten falls er solche hatte, (§ 32), nur einzelne *(ususfructus, usus* § 64, die *operarum obligatio liberti per iusiurandum contracta* § 28) erloschen. Was mit seinen übrigen Aktiv-Rechten geschah, kann erst weiter unten (§§ 109, 115) dargelegt werden. Dort wird auch gezeigt werden, daß und wie der Prätor gegen den erwähnten *iure civili* eintretenden Schuldenuntergang in seinem Edikt Abhilfe gewährt hat. (§§ 109, 115, 116).

§ 34.

Die *quaestio status.*

§ 13. J. *de act.* IV, 6; l. 7. § 5. D. *de lib. caus.* XL, 12; l. 14. D. *de prob.* XXII, 3.

Der *status* einer Person konnte bestritten sein. Dann war eine Feststellung desselben notwendig. Diese erfolgte in verschiedener Weise.

I. Der Streit, ob jemand ein Freier oder Sklave sei, setzte nach älterem Recht die Intervention eines *assertor in libertatem* zu Gunsten dessen voraus, dessen Freiheit in Frage stand, indem man davon ausging, daß der, welcher Objekt des Prozesses ist, nicht zugleich Subjekt desselben sein könne. Je nachdem nun der Mensch, um dessen Freiheit es sich handelte, *sine dolo malo* sich im faktischen Besitz der Freiheit befand *(in libertale esse)* oder nicht, war die Verteilung der Parteirollen verschieden. Im ersten Falle war der, welcher ihn als seinen Sklaven in Anspruch nahm, der Kläger, der *assertor* dagegen der Beklagte, während im zweiten Falle das Umgekehrte stattfand.

1. Die Form dieses Freiheitsprozesses *(liberalis causa)* war im älteren Recht die der *vindicatio.* War der vermeintliche Herr der Kläger, so machte er an dem streitigen Menschen gegen den *assertor* die *vindicatio in servitutem* geltend, wogegen dieser die *contravindicatio in libertatem* vornahm. Im anderen Fall galt das umgekehrte Verhältnis (§ 28).

2. Später fielen diese formellen Rechtsbehauptungen weg, und es wurde der Streit durch ein *praeiudicium* durchgeführt, bei welchem sich die Parteirollen ebenfalls in der oben erwähnten Weise verteilten.

Während der Dauer des Prozesses wurde der, um dessen Freiheit es sich handelte, schon nach einer Bestimmung der XII Tafeln immer interimistisch als Freier behandelt. Justinian schaffte den *assertor* ganz ab.

II. Der Streit, ob ein Freier *ingenuus* oder *libertinus* sei, wurde mit dem vermeintlichen Patron durch *praeiudicium* durchgeführt. Auch hier war der tatsächliche Besitzstand für die Verteilung der Parteirollen entscheidend. War der Patron im Besitz des Patronates, so fand das *praeiudicium: An Titius ingenuus sit* Anwendung, in dem der *libertus* Kläger war,

sonst das *praeiudicium: An Titius libertus Ai. Ai. sit,* bei welchem das entgegengesetzte Verhältnis platzgriff.

III. Der Streit endlich, ob jemand *civis* sei oder nicht, war nicht Gegenstand eines Zivilprozesses. Er wurde nicht im Wege gerichtlichen Verfahrens, sondern durch unmittelbare magistratische Kognition entschieden.

IV. Von der Geltendmachung der *patria potestas* wird später die Rede sein (§ 114).

§ 35.

Ehrenminderung.

l. 1. 7. D. *de his qui not.* III, 2.; *frag. Vat.* 320; *l. Julia munic.* 108 sp. (Bruns, p. 110 sq.).

Die Ehre ist ein Begriff des sozialen Lebens. Von rechtlicher Bedeutung wird sie dadurch, daß Ehrlose von der Übung gewisser in der Rechtsfähigkeit enthaltener Befugnisse ausgeschlossen sind. Dem Römer war Voraussetzung der Ehre das römische Bürgerrecht, die Ehre ist ihm die Bürgerehre. Der Zustand ungeschmälerter Ehre des Bürgers ist der sog. *status illaesae existimationis,* der allein den vollen Genuß der römischen Rechtsfähigkeit gibt. Diese Bürgerehre kann ganz verloren gehen oder gemindert werden. Verloren geht sie mit dem Verlust ihrer Voraussetzung d. i. des römischen Bürgerrechtes. Jede *capitis deminutio magna* ist zugleich *consumtio existimationis.* Gemindert wird sie bei Fortbestand des Bürgerrechtes durch *infamia* und sog. *turpitudo.*

I. Die *infamia* ist eine Ehrenminderung, welche nach bestimmten Rechtsregeln eintritt und bestimmte Rechtsfolgen nach sich zieht.

A. Daß gewisse ehrlose Handlungen die Infamie begründeten, beruhte wahrscheinlich auf altem Herkommen. Gegen das Ende der Republik stellte der Prätor die Infamiefälle in seinem Edikt zusammen. Der Anlaß hiezu war der, daß er die *infames* im gerichtlichen Verfahren von der Antragsstellung für Andere und von der Stellvertretung im Prozeß ausschloß und deshalb die Tatbestände formulierte, an welche die Infamie geknüpft war. Dadurch erlangte das Ganze wohl erst eine feste Gestaltung, welche auch über die Jurisdiktion des Prätors hinaus von Bedeutung gewesen sein dürfte, wie denn auch die meisten der vom Prätor präzisierten Ehrenminderungsfälle sich in der *l. Julia municipalis* (709 d. St. 45 v. Ch.) wieder finden. Sowohl nach dem Edikt, wie nach dem zitierten Gesetz unterscheidet man zwei Gruppen von Infamiefällen:

1. Solche, bei denen die *infamia* schon an die bloße Verübung gewisser ehrloser Handlungen geknüpft ist *(notatur infamia . . . qui fecerit).* So ist z. B. der infam, der öffentlich als Schauspieler oder Deklamator aufgetreten ist *(qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit),* der gleichzeitig *bina sponsalia binasve nuptias ha-*

buerit, der Kuppelei betreibt *(qui lenocinium fecerit)* usw. Die Neuern sprechen in diesen Fällen von der sog. *infamia immediata.*

2. Solche, in denen die *infamia* nicht schon mit der Verübung sondern erst mit der Verurteilung wegen gewisser ehrloser Handlungen eintritt *(notatur infamia, qui . . . damnatus erit).* Danach ist z. B. infam, wer wegen eines von ihm selbst verübten Furtums, Raubes usw. *(quod ipse fecit fecerit; suo nomine)* verurteilt worden ist. Desgleichen wer wegen eigener Pflichtverletzung als Vormund, Gesellschafter, Depositar usw. verurteilt ist. Der Verurteilung steht in manchen Fällen (z. B. beim Furtum) gleich der Vergleichsabschluß *suo nomine (notatur . . . qui . . . pactus erit).* Diese an Urteil oder Vergleich über eine sog. *actio famosa* geknüpfte Infamie ist die sog. *infamia mediata* der Neueren.

B. Die Rechtsfolgen der Infamie waren folgende:

1. In erster Linie waren sie privatrechtliche:

a) Nach dem prätorischen Edikt wurde der *infamis* vor Gericht weder zur Antragstellung für Andere *(postulare pro aliis),* außer für seine nächsten Angehörigen, noch zur Stellvertretung im Prozeß zugelassen, durfte daher auch keine sog. Popularklagen (§ 161) anstellen.

b) Durch die *l. Julia de maritandis ordinibus* (§§ 112, 7) war Personen senatorischen Ranges und Freigeborenen die Ehe mit gewissen *personae infames* untersagt (§ 106), welches Verbot jedoch ins Justinianische Recht nicht übergegangen ist.

2. Außerdem hatte aber eine derartige Ehrenminderung auch staatsrechtliche Bedeutung, indem *personae infames* durch den Zensor vom Wehr- und Stimmrecht ausgeschlossen werden konnten, weder in den Senat aufgenommen, noch zu römischen Magistraten gewählt werden sollten, in den Munizipien und Kolonien keinen Zutritt zum Dekurionat und zur städtischen Magistratur hatten. Im großen und ganzen kann man diese staatsrechtlichen Wirkungen als Ausschluß von dem *ius suffragii et honorum* bezeichnen. Doch muß man sich gegenwärtig halten, daß die staatsrechtlichen und prätorischen Infamiefälle sich nicht notwendig deckten, daß insbesondere die letzteren nicht alle staatsrechtliche Bedeutung hatten, was schon eine Vergleichung der in der *l. Julia municipalis* aufgezählten Infamiefälle mit denen des Edikts ergibt.

Die Infamie wirkte lebenslänglich. Die Feststellung ihres Eintrittes und die Handhabung ihrer Rechtswirkung erfolgte gelegentlich durch die Magistrate und Gerichte nötigenfalls nach vorgängiger Untersuchung.

II. Außer der Infamie werden vorkommendenfalls auch andere Fälle von Ehrlosigkeit seitens der Magistrate nnd Gerichte berücksichtigt. Diese nicht kodifizierten Ehrlosigkeitsfälle, die sich im schlechten Ruf einer Person äußern, bilden die sog. *turpitudo.* Die Einsetzung solcher *personae turpes* im Testament gibt, selbst wenn sie nicht *infames* sind, den übergangenen Geschwistern des Testators das Recht, das Testament anzufechten (§ 139).

Außerdem wird auch schon bloße *turpitudo* überall dort berücksichtigt, wo es auf die Vertrauenswürdigkeit der Person ankommt, wie z. B. bei Bestellung eines Vormunds, der Frage der Glaubwürdigkeit eines Zeugen usw.

§ 36.

Die Handlungsfähigkeit.

J. de auct. tut. I, 21.

Die Handlungsfähigkeit ist die vom Recht anerkannte Fähigkeit eines Menschen, juristische Handlungen (§ 18) vorzunehmen. Die Basis derselben ist die natürliche Willensfähigkeit. Willensakte eines solchen, der rechtlich nicht handlungsfähig ist, mögen juristische Tatsachen sein, Handlungen im rechtlichen Sinne sind sie nicht. Die Handlungsfähigkeit ist mit der Rechtsfähigkeit nicht zu verwechseln, der Wahnsinnige ist nicht handlungsfähig, aber rechtsfähig; der Sklave als Mensch handlungsfähig, aber nicht rechtsfähig.

Die Handlungsfähigkeit unterliegt rechtlichen Einschränkungen bei Minderjährigen, Geisteskranken, Verschwendern und nach älterem Recht bei Frauenspersonen.

I. Die Minderjährigkeit *(minor aetas)* reicht bis zum vollendeten fünfundzwanzigsten Lebensjahre. Die Minderjährigen *(minores XXV annis)* sind entweder *impuberes* oder *puberes minores*. Die Grenze zwischen *impubertas* (Unmündigkeit) und *pubertas* (Mündigkeit) ist bei den Mädchen das vollendete zwölfte, bei Knaben, nach der schließlich rezipierten Ansicht, das vollendete vierzehnte Lebensjahr.

Die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen gestaltet sich folgendermaßen:

A. Impuberes. Innerhalb dieser sind zwei Abstufungen zu unterscheiden:

1. Vollständig handlungsunfähig sind die *infantes*, d. s. die Kinder bis zum vollendeten siebenten Lebensjahre. Ihre Willensäußerungen gelten rechtlich nicht als Handlungen; sie können daher durch ihren Willen weder etwas erwerben, noch sich verpflichten. Dadurch ist aber nicht jede Erwerbs- und Verpflichtungsmöglichkeit ausgeschlossen, denn

a) können sie erwerben und verpflichtet werden durch die Rechtsgeschäfte ihrer Vormünder (§ 22);

b) ist auch bei ihnen ein solcher Erwerb und eine solche Verpflichtung möglich, die keine Handlung voraussetzen, sondern an andere Tatsachen geknüpft sind. Beispielsweise wird auch der *infans* kraft Rechtsnotwendigkeit Erbe seines Vaters, ferner Schuldner dessen, der seine Geschäfte *utiliter* geführt hat usw.

Beschädigt oder vernichtet der *infans* fremde Sachen, so ist das gleich einem Elementarereignis zwar eine juristische Tatsache, aber keine ihn verpflichtende Handlung.

2. Beschränkt handlungsfähig sind die *impuberes infantia maiores*, d. s. die Unmündigen vom vollendeten siebenten bis zum vollendeten zwölften, bezw. vierzehnten Lebensjahre.

a) Diese können weder ein Testament errichten, noch eine Ehe schließen, auch nicht mit Intervention ihres Tutors.

b) Schließen sie andere Rechtsgeschäfte, so haben diese nur dann volle Rechtswirksamkeit, wenn sie selbe *auctoritate tutoris* d. h. mit Zustimmung ihres beim Abschluß persönlich anwesenden Tutors eingehen (§ 120). Dann werden sie aus solchen ihren Geschäften berechtigt und vollwirksam verpflichtet. Fehlt es dagegen an dieser *auctoritas tutoris*, so werden sie aus ihrem Geschäft zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet. Wird z. B. einem solchen *impubes* etwas geschenkt, so kann er allein die Schenkung rechtsgiltig annehmen (dagegen nicht der *infans*); werden ihm 100 als Darlehen gegeben, so wird er dadurch wohl Eigentümer der Geldstücke, aber nicht Darlehensschuldner, kauft er endlich eine Sache ohne *auctoritas tutoris*, so kann zwar er auf Erfüllung klagen, diese aber von ihm nicht beansprucht werden (sog. *negotium claudicans*). — Statt als *auctor* das Geschäft des *impubes infantia maior* zu bekräftigen, kann der *tutor* auch als Stellvertreter für ihn handeln. Dann richtet sich die Wirkung des Geschäftes für und gegen den *impubes* nach den Grundsätzen der Stellvertretung (§ 22).

c) Durch ihre unerlaubten Handlungen endlich werden *impuberes infantia maiores* nur dann verpflichtet, wenn diese ihnen nach Maßgabe ihrer individuellen Einsicht bereits zugerechnet werden können.

B. Die *puberes minores XXV annis.* Diese sind an sich ganz handlungsfähig, können ein Testament errichten, eine Ehe schließen, durch ihre Handlungen erwerben und sich verpflichten, insbesondere auch Sachen rechtsgiltig veräußern. Gleichwohl wird ihre jugendliche Geschäftsunerfahrenheit seitens des Rechts berücksichtigt, u. zw. in folgender Weise:

1. Begründet der gegen sie verübte Betrug nach der *lex Plaetoria*, vor 570 d. St. (184 v. Chr.) ein Delikt, das wahrscheinlich durch Zivilklage*) verfolgbar war, und rechtfertigt außerdem die *exceptio legis Plaetoriae*, durch welchen die gegen den *minor* gerichtete Klage aus dem betrügerischen Geschäft entkräftet wurde.

2. Gewährt der Prätor auch ihnen gegen die nachteiligen Folgen der *minor aetas* die *in integrum restitutio* (§ 166) und erhalten sie außerdem seit Mark Aurel ohne Angabe eines besonderen Grundes bloß auf ihre Minderjährigkeit hin auf ihr Verlangen einen *curator generalis*, dem die Verwaltung ihres Vermögens obliegt (§ 123).

*) Pfaff und Hoffmann, *Fragmentum de Formula Fabiana*, S. 6 sq. (Sonderabdruck aus dem IV. Bande der Mitteilungen aus der Sammlung des Papyrus Erzherzog Rainer, 1888).

a) Haben sie einen solchen *curator*, so können sie Veräußerungsgeschäfte seit Diokletian nur *consensu curatoris* giltig vornehmen.

b) Haben sie dagegen keinen solchen *curator*, so sind sie auch bezüglich der Veräußerungsgeschäfte nicht beschränkt. Dies schließt nicht aus, daß sie schon seit früherer Zeit zu gewissen Akten (zur Prozeßführung und zum Zahlungsempfang) einen *curator specialis (ad actum)* benötigten, der ihnen vorkommendenfalls von der Obrigkeit bestellt wurde.

Mit der Vollendung des fünfundzwanzigsten Lebensjahres wird der *minor* großjährig *(maior XXV annis)* Mit dieser *legitima aetas (lex Plaetoria)* fällt jede Beschränkung der Handlungsfähigkeit infolge Alters weg. Durch den Regenten kann einem Minderjährigen, u. zw. einer Mannesperson mit dem vollendeten zwanzigsten, einer Frauensperson mit dem vollendeten achtzehnten Lebensjahre, die *venia aetatis* erteilt werden. Durch diese Großjährigkeitserklärung erlangt er im Wesen die rechtliche Stellung eines Großjährigen.

II. Geisteskranke, ohne Unterscheidung der Erkrankungsform, insbesondere Wahnsinnige *(furiosi)* und Blödsinnige *(dementes)*, sind ganz handlungsunfähig. Betreffs ihrer gilt in dieser Hinsicht das vom *infans* Gesagte. Sie werden in Geschäften durch einen *curator* vertreten (§§ 22, 123). Hat der Wahnsinnige lichte Zwischenräume, so ist er, solange diese dauern, handlungsfähig.

III. Der *prodigus* d. h. der Verschwender, der durch obrigkeitliches Dekret wegen Verschwendung von der Verfügung über sein Vermögen und vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen ist *(cui bonis interdictum est* § 123*)*, ist beschränkt handlungsfähig. Er kann kein Testament machen, andere Geschäfte aber nur insofern schließen, als sie nach ihrem Gesamtcharakter ihm vorteilhaft sind. Folgeweise kann er z. B. eine solvente Erbschaft antreten, obwohl er dadurch auch Schuldner wird. Er wird durch einen *curator* vertreten (§ 123). Durch Delikte wird er uneingeschränkt verpflichtet.

IV. Nach älterem Recht unterlag die Handlungsfähigkeit der Frauenspersonen besonderen Beschränkungen infolge der Geschlechtsvormundschaft (§ 122), welcher die *mulier sui iuris* von der Mündigkeit an ihr ganzes Leben unterstand, der zufolge die Frauensperson gewisse Geschäfte nur *auctoritate* ihres Geschlechtstutors eingehen konnte (§ 122). Mit dem Fortfall der Geschlechtsvormundschaft hörten diese Beschränkungen auf. Im Justinianischen Recht steht die Frauensperson betreffs der Handlungsfähigkeit der Mannsperson gleich.

Das Resultat ist nach Justinianischem Recht folgendes: Ganz handlungsunfähig sind: *infantes, furiosi* und *dementes*, beschränkt handlungsunfähig in verschiedener Weise die *impuberes infantia maiores*, der *prodigus* und die *puberes minores curatorem habentes*. Alle Übrigen sind vollkommen handlungsfähig.

§ 37.
Die juristischen Personen.

Rechtssubjekte im Sinne des Privatrechtes sind außer den bis jetzt behandelten physischen Personen (den Menschen) auch noch die sog. juristischen Personen.

I. Solche juristische Personen waren nach römischem Recht vorerst nur gewisse Verbände physischer Personen zu öffentlichen und privaten Zwecken, denen die Rechtsordnung Privatrechtsfähigkeit beigelegt hat. Diese Rechtsfähigkeit ist aber hier nur Vermögensfähigkeit, da familienrechtliche Verhältnisse begreiflicherweise bloß bei physischen Personen vorkommen können. Aber auch diese Vermögensfähigkeit ist keineswegs für alle solche Verbände eine durchaus gleiche, sondern für manche derselben eine mehr oder weniger beschränkte. Zufolge derselben treten diese vermögensfähigen Verbände als juristische Personen an die Seite der Einzelpersonen, können wie diese Rechte und Verbindlichkeiten haben, die für sie im Wesen durch die gleichen Tatsachen begründet werden, welche derartige Rechte und Verbindlichkeiten für die physischen Einzelpersonen zu begründen vermögen. Subjekt dieser für den Personenverband begründeten Rechte und Verbindlichkeiten sind aber nicht etwa die einzelnen Verbandsmitglieder, sondern vielmehr der Personenverband selbst, mit anderen Worten die Gesamtheit (*universitas personarum*) im Unterschied von den einzelnen Mitgliedern. Folgeweise ist das der *universitas* gehörige Vermögen von dem Vermögen ihrer einzelnen Mitglieder verschieden, mit anderen Worten ein selbständiges Vermögen, dessen Subjekt eben die juristische Person der *universitas* ist. Eigentum, Forderungen und Schulden der *universitas* sind nicht Eigentum, Forderungen und Schulden der Mitglieder, ebensowenig als umgekehrt Rechte und Verbindlichkeiten der Mitglieder Rechte und Verbindlichkeiten der *universitas* sind. Grade diese Möglichkeit eines selbständigen Vermögens, das nicht Mitgliedervermägen ist, charakterisiert die *universitas* als juristische Person; wo sie einem Personenverband fehlt, wo daher nur Mitgliedervermögen existiert, wie z. B. bei der *societas*, dort besteht keine juristische Person (§ 88). Jede *universitas* bedarf gewisser Organe, durch welche sie tätig wird, insbesondere am Verkehrsleben teilnimmt. Welche diese Organe sind, welcher Wirkungskreis ihnen zukommt, das bestimmt die Verfassung der *universitas*, welche die Organisation derselben bildet. Das, was diese Organe innerhalb ihres Wirkungskreises (Zuständigkeitskreises) beschließen, tun, das gilt als Wille und Handlung der *universitas*.

Nach römischem Recht sind folgende Personenverbände juristische Personen:*)

1. Der römische Staat. Dieser wird Privatrechtssubjekt erst in der Kaiserzeit und heißt als solches Fiskus. Zwar hatte der römische Staat

*) Mitteis, S. 345 fg.

selbstverständlich auch schon früher Vermögen; von jeher gehörten dem *populus Romanus* Sachen (§ 38), hatte er Forderungen und Schulden, schloß er Vermögensgeschäfte mit Bürgern, wie z. B. Pacht-, Darlehensverträge usw. Allein für alles das galt nicht das Privatrecht und der Privatrechtsprozeß, sondern öffentliches Recht und Administrativprozeß. Nicht als dem Privatrecht unterstehendes Subjekt, sondern als Souverän trat der *populus Romanus* hiebei auf, der sich seine Rechte durch seine Beamten begründet und außerhalb des Rahmens des Zivilprozesses durch Entscheidung und Verfügung seiner den Staatshaushalt verwaltenden Organe durchsetzt. Dem Privatrecht unterstehendes Subjekt wird der römische Staat erst in der Kaiserzeit mit der Bildung des Fiskus. Dieser war vorerst das aus staatlichen Einnahmequellen gebildete, für staatliche Zwecke bestimmte Vermögen des *princeps* als solchen. Als Vermögen einer Einzelperson (*fiscus Caesaris*) im Gegensatze zu dem Vermögen des *populus*, dem *aerarium*, wurde er dem Privatrecht unterstellt, wobei es auch dann verblieb, nachdem das ganze Staatsvermögen in dem Fiskus aufgegangen war, ohne daß jedoch von einer vollständigen Unterwerfung des Fiskus unter die Normen des Privatrechtes die Rede sein kann. Denn in mancher Hinsicht galten für den Fiskus besondere vom Privatrecht abweichende Bestimmungen, welche denjenigen ähnelten, die für das *aerarium* maßgebend gewesen waren. So wurde z. B. die Judikatur in Fiskalangelegenheiten nicht von den gewöhnlichen Gerichten, sondern von Beamten des Fiskus, den kaiserlichen Prokuratoren, ausgeübt, so wurden Steuerforderungen des Fiskus nicht im Wege des Zivilprozesses, sondern im öffentlichrechtlichen Administrativprozeß hereingebracht usw. Aber auch abgesehen davon genoß der Fiskus viele Privilegien. Der Fiskus ist ein einheitlicher, die zahlreichen *stationes fisci* sind nur Filialen desselben, nicht selbständige juristische Personen.

2. Die einzelnen Ortsgemeinden, u. zw. Stadtgemeinden (*civitates, municipia coloniae*), wie auch Dorfgemeinden (*vici*). Die juristische Person wird hier gebildet von der Gesamtheit der Bürger; das Vermögen dieser Gesamtheit (für das auch manche Sonderbestimmung gilt) wird bezeichnet als *res communis municipum municipii* ... die Stadtkasse als *publicum* z. B. *Fidenatium*. Die Rechtsgeschäfte der Gemeinde werden in der Regel nach Privatrecht beurteilt. Die Gemeinde schließt selbe durch ihre Magistrate oder durch besondere hiezu bestellte *actores*. Handlungen dieser Organe innerhalb ihrer Vollmacht gelten rechtlich als Handlungen der Gemeinde. Ausnahmsweise wurden manche Geschäfte, welche das Gemeindevermögen betreffen, wie z. B. Vergebung städtischer Bauten, nach öffentlichem Recht errichtet und durchgesetzt.

3. Gewisse Genossenschaften *quibus permissum est corpus habere*. Sie sind nach dem Vorbild der Gemeinden (*ad exemplum reipublicae*) organisiert, haben Vorsteher (*magistri, curatores, actores*), welche sie leiten und nach außen vertreten, *res communes* und *arcam communem*. Solche *corpora* waren die verschiedenen priesterlichen Kollegien (*collegium pontificum, collegium*

augurum und priesterliche *sodalitates*). Verbände der Subalternbeamten (*decuriae apparitorum*), Handwerkerzünfte (*corpus pistorum, naviculariorum, collegium eborariorum* u. a.), die Vereinigungen der Staatspächter (*socii vectigalium publicorum, aurifodinarum, salinarum*), ferner auch gesellige, religiöse und politische Vereine (*sodalitates, collegia sodalicia*), endlich auch Begräbniskassenvereine (*collegia funeraticia*) u. a. Seit einer *lex Julia* aus der Zeit Cäsars oder Octavians war für solche Genossenschaften polizeiliche Gestattung durch Senatsbeschluß erforderlich. Ob hiemit auch schon die juristische Persönlichkeit gewährt war oder ob dazu eine besondere Verleihung der Personenqualität notwendig war (*permissum corpus habere*), muß bis auf Kaiser Marcus dahin gestellt bleiben, erst seit Marcus kann mit einiger Sicherheit angenommen werden, daß allen polizeilich gestatteten Vereinen (*quibus coire licet*) ohne besondere Verleihung juristische Persönlichkeit zukommt.

II. Andere juristische Personen als Personenverbände kennt das ältere römische Recht nicht. Erst in der christlichen Kaiserzeit wurden auch Stiftungen, u. zw. Anstalten zu frommen Zwecken als juristische Personen anerkannt und ihnen Vermögensfähigkeit beigelegt.*)

Beispiele solcher *pia corpora* sind Krankenhäuser (*nosocomia*), Waisenhäuser (*orphanotrophia*), Erziehungshäuser (*brephotrophia*) u. a. Von nun an können auch solche Anstalten selbständiges Vermögen haben, das weder Staats- oder Gemeindevermögen ist, noch einer physischen Einzelperson gehört. Auch diese Anstalten haben eine Organisation (die gewöhnlich durch den Stifter vorgezeichnet ist) und handeln dieser gemäß durch bestimmte Organe. Als solche erscheinen ihre *administratores*, die nach Maßgabe des Willens des Stifters bestellt werden. Den Bischöfen ist ein Aufsichtsrecht eingeräumt.**)

*) Stiftungen kannte auch schon die heidnische Zeit. Ein großartiges Beispiel liefern die Nerva-Trajanischen Alimentenstiftungen für Italien, durch welche die Erziehung der Kinder armer Eltern gefördert werden sollte. Allein dieser Zweck wurde nicht durch Kreierung einer juristischen Person, der das Vermögen gehören sollte, sondern in anderer Weise realisiert. Subjekt des dem erwähnten Zwecke gewidmeten Vermögens war und blieb der Kaiser. Dieser realisierte den Stiftungszweck dadurch, daß er einzelnen Stadtgemeinden größere Kapitalsbeträge zuwies, welche als verzinsliche Darleihen auf einzelne Grundbesitzer gegen Verpfändung von Grundstücken (*obligatio praediorum* § 82) aufgeteilt wurden. Die Zinsen, welche diese zu zahlen hatten, wurden für den Stiftungszweck verwendet. Bruns, *pg. 304 sq.* Pernice, Labeo III. S. 164 fg.

**) Die Stellung der Organe einer juristischen Person ist der eines Stellvertreters ähnlich, aber doch nicht mit ihr zu verwechseln. Der Stellvertreter ist eine von dem Vertretenen verschiedene Person, während das Organ der juristischen Person als solches von dieser nichts verschiedenes, sondern etwas durch ihre Organisation gegebenes, mit anderen Worten das Glied derselben ist, durch das sie will und handelt. Der Beschluß, der als Wille der juristischen Person gilt, bildet sich innerhalb derselben nach Maßgabe ihrer Organisation, während der Entschluß des Stellvertreters außerhalb des Vertretenen in der von diesem verschiedenen Person des Stellvertreters entsteht und für den Vertretenen nur gewisse Wirkungen äußert (§ 22).

Drittes Buch.

Sachenrecht.

§ 38.

Begriff der Sache.

J. de reb. incorp. II, 2.

Sachen im Rechtssinne sind die der menschlichen Herrschaft erreichbaren, körperlichen, für sich bestehenden Dinge der Außenwelt. Daher sind im Rechtssinne keine Sachen: Mangels des ersten Moments z. B. Sonne, Mond und Sterne; Mangels des zweiten Moments Alles, dem die Körperlichkeit fehlt, insbesondere auch die Kollektivganzen oder Gesamtsachen *(universitates rerum distantium)*, z. B. eine Bibliothek, eine Heerde, diese bestehen aus Sachen, sind aber als Ganzes nichts Körperliches; Mangels des dritten Moments endlich Alles, was nur Teil einer anderen Sache ist, wie z. B. die am Baume hängende Frucht. Solche körperliche Teile einer Sache werden Sachen im juristischen Sinne erst mit ihrer Lostrennung.

Die Begriffe Sache und *res* sind nicht identisch. *Res* im Sinne der Römer ist jedes Ding. Sie unterscheiden *res corporales: quae tangi possunt*, und *res incorporales: quae tangi non possunt.* Nur die ersten sind Sachen im Rechtssinne. Zu den letzteren zählen sie die Dinge *quae in iure consistunt*, wie z. B. die Erbschaft, Forderungsrechte u. a., welche, auch wenn sie Körperliches zum Gegenstande haben, doch selbst nichts Körperliches sind.

§ 39.

Einteilung der Sachen.

Gai. II, 3 sq.; J. *de rer div.* II, 1.

Die Sachen sind in rechtlicher Hinsicht entweder *res divini iuris* oder *res humani iuris.*

I. Die *res divini iuris* gelten nach der Anschauung der Römer als den Göttern gehörige Sachen, und zwar jede als einer bestimmten Gottheit angehörig. Folgeweise sind sie dem *ius humanum* entrückt, so daß an ihnen weder ein Eigentum des Staates, noch das eines Privaten möglich ist. Als gottangehörige Sachen stehen sie unter dem besonderen Schutz der Gesetze und der Magistrate. *Res divini iuris* sind:

A. Die *res sacrae.* Dies sind die Sachen, welche durch einen Staatsakt *(auctoritate populi*, später *principis)* einem oder mehreren der *dii superi* dediziert und daraufhin durch die *pontifices* konsekriert sind, wie z. B. die Tempel, *signa, pecunia* usw. Gewinnsüchtige Verletzung

derselben ist ein *sacrilegium* (§ 94*), das *capitis poena punitur.* Wegen unheiliger Handlungen an *res sacrae* findet magistratisches Einschreiten statt und wird jeder aus dem Volk zur Klage *(actio popularis)* zugelassen.

B. Die *res religiosae.* Dies sind die Grabstätten, von denen gesagt wird, daß sie *diis manibus relictae* seien. Zur *res religiosa* wird ein *locus* durch einen Privatakt, und zwar dadurch, daß der Grundeigentümer darin einen Toten *cuius funus ad eum pertinet* bestattet. Von diesem Moment an gehört die eigentliche Grabstätte, u. zw. das hiezu verwendete abgegrenzte Rechteck (also nicht *totus sepulturae destinatus locus, sed quatenus corpus humatum est),* den Manen des Verstorbenen. Folgeweise erlischt das bisher daran bestehende menschliche Eigentum und kann, so lange der Platz *religiosus* bleibt, kein menschliches Vermögensrecht daran entstehen. Begräbnisrechte *(iura sepulcri)* sind aber dadurch nicht ausgeschlossen und sind durch besondere Klagen (*interdictum de mortuo inferendo* u. a.) geschützt. Desgleichen genoß auch die Religiosität der Grabstätte selbst rechtlichen Schutz, und zwar gab der Prätor wegen Verletzung derselben den Interessenten, eventuell jedem aus dem Volke, eine Klage *(actio de sepulcro violato),* außerdem trat auch später kriminelle Strafe (die des Sakrilegs § 94) ein*). So lange in einem *locus,* sollte er auch zur Grabstätte ausersehen sein, noch kein Toter bestattet ist, ist er ein *locus purus* und noch *iuris humani.*

Des besonderen Schutzes wegen, den die *res divini iuris* genießen, sind sie auch *res sanctae.* Solchen Schutz genießen aber auch manche Sachen, die nicht *divini iuris* sind. Diese sind die *res sanctae* im engeren Sinne, wie z. B. die Mauern und Thore der Stadt, auf deren Verletzung ebenfalls eine Kapitalstrafe gesetzt ist.

II. Alle Sachen, die nicht *divini iuris* sind, sind *res humani iuris.* Je nach der verschiedenen rechtlichen Stellung, die sie nach *ius humanum* haben, unterscheidet man folgende Gruppen derselben:

A. Die *res omnium communes,* d. s. die Luft *(aër)* — nicht der Luftraum —, das freifließende Wasser *(aqua profluens)* in Flüssen, Bächen, Quellen usw., endlich das Meer *(mare)* und seine Küsten *(litora maris).* An diesen Sachen ist schon nach ihrer natürlichen Beschaffenheit eine ausschließliche Berechtigung nicht möglich, daher sind sie auch von der Rechtsordnung dem Gemeinbrauch Aller überlassen. An ausgeschiedenen Teilen derselben, z. B. an geschöpftem Wasser, können dagegen Privatrechte bestehen. Insbesondere fällt auch das durch Bauten

*) Veräußerungen der Grabstätten waren häufig durch besondere Bestimmungen der Grabstifter untersagt und mit Geldbußen belegt. Desgleichen Verletzungen der Grabstätten und unberechtigte Bestattungen in denselben. Diese Bußen verfielen je nach Anordnung des Stifters an das Ärar, das Munizipium, das Pontifikalkollegium u. a. Eingetrieben wurden sie durch Administrativprozeß, in manchen Fällen durch Popularklage. Bruns, 377 sq.

menschlicher Herrschaft unterworfene Stück des Meeresgrundes und der Küste ins Eigentum, nur erlischt dieses sofort, sobald der Bau durch das Meer oder sonst wieder beseitigt ist.

B. Die *res publicae.* Diese sind alle dem *populus Romanus* gehörigen Sachen. Doch tritt diese Angehörigkeit nicht in der Gestalt des Privateigentums, sondern in der Art hervor, daß diesen Sachen (gleichwie den *res divini iuris*) ein besonderer rechtlicher Charakter imprägniert ist, demzufolge sie, im Unterschied von den *res privatae, res publicae* sind. Die Entwicklung der juristischen Persönlichkeit des Fiskus hat es bewirkt, daß später an den „das werbende, der Finanzwirtschaft" dienende Staatsvermögen bildenden *res publicae* (d. s. *pecunia populi* der älteren Zeit) ein Privateigentum des Staates angenommen wurde, so daß diese *res fiscales* jetzt eigentlich *res privatae* des Staates sind. Dagegen hat die zweite Gruppe der *res publicae,* nämlich die durch besondere *publicatio usui publico destinatae,* ihre ursprüngliche Stellung behalten. Es sind dies z. B. die öffentlichen, Straßen, Flüsse, Häfen, bei den Römern auch Theater, Bäder usw. Sachen dieser Art darf jeder Bürger ihrer Bestimmung gemäß benützen. So lange sie dem *usus publicus* gewidmet bleiben (z. B. die Straße nicht von Staatswegen deklassiert ist), können sie weder Objekt des Eigentums, noch eines anderen Privatrechtsverhältnisses sein. Sie sind *extra commercium.* Das Gleiche gilt von den *usui publico* gewidmeten Sachen der Gemeinden, z. B. den Gassen, Straßen und Plätzen der Stadt usw.

C. Endlich die *res privatae,* das sind alle Sachen, die rechtlich geeignet sind Objekte privater Berechtigung: des Eigentums, der Schuldverhältnisse usw. zu sein, gleichgiltig ob solche Rechte betreffs ihrer wirklich bestehen oder nicht. Daher gehören hierher auch herrenlose Sachen. Man bezeichnet alle diese verkehrsfähigen Sachen als *res in commercio,* im Gegensatz zu den bis jetzt behandelten *res extra commercium.* Die Haupteinteilungen der *res in commercio* sind folgende:

1. Historisch wichtig ist die Einteilung der *res* — nicht bloß der Sachen — in *res mancipi* und *nec mancipi. Res mancipi* sind von den Sachen nur: die italischen Grundstücke *(praedia in solo Italico),* die Sklaven *(servi),* die einheimischen Zug- und Lasttiere *(quadrupedes, quae dorso collove domantur)* und von den *res incorporales* bloß die Feldservituten an italischen Grundstücken *(servitutes praediorum rusticorum).* Alle übrigen *res corporales* und *incorporales* sind *res nec mancipi.* Die rechtliche Bedeutung dieser Unterscheidung war die, daß nur die *res mancipi,* ebenso wie die Frau und die Kinder, Gegenstand der solennen *mancipatio* (§ 51) sein konnten, während die *res nec mancipi* in anderer Weise, falls sie *res corporales* waren, namentlich durch Tradition (§ 53), von Alters her übertragen werden konnten. Der Ausgangspunkt für die Hervorhebung der *res mancipi* ist ungewiß; wahrscheinlich war es aber der,

daß sie mit der Frau und den Kindern die Hauptbestandteile der Familie im weiteren Sinne, einschließlich des Vermögens, also der *familia* im Gegensatz zur *pecunia* (Schafe, Ziegen, Schweine usw.) bildeten. Einem Volke von Bauern mußte das Bauerngut samt der in den Sklaven und dem Viehstand gelegenen menschlichen und tierischen Arbeitskraft, endlich den die Bewirtschaftung erleichternden Benützungsrechten an Nachbargrundstücken (z. B. Weg- und Wasservituten) kaum weniger wichtig erscheinen als Frau und Kinder. Daher für alle diese Teile der Familie im weiteren Sinne (§ 31, 39, 130) dieselbe solenne Veräußerungsart der *mancipatio*. Deshalb denn auch die Unterscheidung der *res mancipi* von den übrigen *res (nec mancipi)*, von denen manche z. B. wie das bare Geld erst viel später Wichtigkeit erlangten. Mit der altrömischen *mancipatio* mußte dann auch der Unterschied der *res mancipi* und *nec mancipi* seine Bedeutung verlieren. Justinian hat ihn endlich auch noch gesetzlich aufgehoben.

Noch für das Justinianische Recht von Bedeutung sind die Einteilungen der Sachen in:

a) Bewegliche und unbewegliche. Beweglich *(res mobiles)* sind die für sich bestehenden Sachen, die unbeschadet ihres Wesens eine Ortsveränderung zulassen, gleichgiltig ob sie nur durch fremde Kraft bewegt werden können oder sich, wie z. B. Tiere, Sklaven, selber bewegen *(res sese moventes)*. Unbeweglich ist der Grund und Boden *(solum)*, sowie jedes abgegrenzte Stück desselben *(fundus, praedium)*, desgleichen das, was mit dem Grund und Boden zusammenhängt, wie z. B. Gebäude *(superficies)*, die im Grundstück wurzelnden Bäume, Pflanzen usw. Durch die Trennung vom Grund und Boden werden diese Dinge bewegliche Sachen, bis dahin sind sie nur Teile des Grundstückes, nicht selbständige Sachen. Zu jedem Grundstück gehört auch der senkrecht oberhalb desselben befindliche Luftraum, sowie das senkrecht unter der Erdoberfläche Gelegene, beides aber nur soweit, als dies die Benützung des Grundstückes erfordert (z. B. bei Bauführungen nach oben und unten, Anpflanzungen). Die Grundstücke sind nach ihrer wirtschaftlichen Benützung *praedia rustica*, Feldgrundstücke, oder *praedia urbana*, Gebäudegrundstücke. Das vorjustinianische Recht unterschied noch:

α) praedia in solo Italico und *praedia provincialia*, je nachdem sie in Italien oder in einer Provinz lagen. Letztere konnten durch Verleihung des sog. *ius Italicum* die rechtliche Stellung der ersteren erhalten;

β) agri divisi et assignati (limitati) und *arcifinii*. Erstere waren die von den *agrimensores* vermessenen und durch geradlinige *limites (decimanus, cardo)*, abgegrenzten Grundstücke, während die letzteren *nulla mensura continentur*, daher durch natürliche mehr oder weniger zufällige Grenzen geschieden sind.

Beide Unterschiede haben im Justinianischen Recht keine Bedeutung mehr.

b) Vertretbare und nicht vertretbare Sachen. Erstere sind solche, bei denen es im Verkehr nicht auf das Individuum, sondern nur auf die Gattung *(genus)*, beziehungsweise auf Quantität und Qualität ankommt. Sie sind die *res, quae numero, pondere, mensura, constant* (sog. *res fungibiles*), wie z. B. Geld, Getreide, Obst usw. Unvertretbar sind dagegen solche, bei denen es auf das Individuum *(certa species)* ankommt. Zum Beispiel das Pferd *X*, der Sklave Stichus usw. (sog. *res infungibiles*).

c) Verbrauchbare (*res quae usu consumuntur, minuuntur, tolluntur* — Konsumtibilien) und unverbrauchbare (Inkonsumtibilien) Sachen, je nachdem sie durch einmaligen bestimmungsgemäßen Gebrauch verbraucht werden oder nicht. Die Verbrauchbarkeit ist daher verschieden von bloßer Abnützbarkeit. Die verbrauchbaren Sachen sind meistens vertretbar, die Inkonsumtibilien nicht immer unvertretbar, wie z. B. das Exemplar eines Buches, zwar eine unverbrauchbare aber doch vertretbare Sache ist. Zu den Konsumtibilien gehört auch das Geld, da sein Gebrauch im Ausgeben besteht, wodurch es für den Ausgebenden verbraucht wird.

d) Teilbare und unteilbare. Teilbar sind die Sachen, welche mit Erhaltung der Art und des Wertes in mehrere Sachen zerlegt werden können. Teilbar sind an sich Feldgrundstücke, nicht in jeder Richtung (nicht wagrecht) Gebäude; von beweglichen Sachen namentlich Stoffe, z. B. Tuch, Wein usw., dagegen nicht z. B. Tiere usw.

e) Haupt- und Nebensachen. Diese Einteilung setzt voraus, daß eine Sache zu einer anderen in ein Verhältnis der Unterordnung tritt. Dies kann:

α) so weit gehen, daß sie Bestandteil der anderen Sache wird, dieser gegenüber gar keine selbständige Existenz hat, wie z. B. das auf einem Grundstück errichtete Gebäude, die Saat, die Wolle des Schafes usw. Solche Akzessionen sind juristisch keine Sachen mehr, wir haben in einem solchen Falle juristisch nicht mehrere Sachen (z. B. Bauplatz + Gebäude), sondern nur eine Sache: z. B. das Grundstück, dessen *pars* das Gebäude ist.

β) oder nur darin bestehen, daß die Nebensache nicht Teil der anderen wird, sondern eine Sache für sich bleibt, welche jedoch dauernd bei der ersteren behufs größerer Benützbarkeit derselben usw. verbleiben soll, z. B. die Weinstecken, Hopfenstangen usw. Dies ist der Fall der sog. Pertinenz, welche insofern als *quasi pars* der Hauptsache gilt, als sie das rechtliche Schicksal derselben teilt, falls nichts Anderes ausgemacht wird.

Von den Akzessionen *(α)* sind hervorzuheben die Früchte *(fructus)*. Sie sind meist Erzeugnisse, immer aber Bestandteile einer Sache, welche den wirtschaftlichen Ertrag derselben (der Haupt- oder fruchttragenden Sache) bilden, und die erst durch Absonderung von dieser selbständige Sachen werden. Beispiele sind außer den Feld- und Gartenfrüchten, die Jungen der Tiere (nicht auch der *partus ancillae*), die Wolle der Schafe, Milch, Eier, die Steine aus einem Steinbruch usw. So lange sie noch *fructus pendentes* sind, d. h. noch mit der Hauptsache zusammenhängen,

sind sie nur Teil *(pars)* derselben und noch kein selbständiges Rechtsobjekt; dies sind die erst als *fructus separati,* da sie erst durch die Lostrennung, selbe mag so oder so z. B. durch Sturmwind oder Menschenkraft usw. geschehen, juristisch selbständige Sachen werden. Diesen *fructus naturales* werden an die Seite gestellt die sog. *fructus civiles,* d. h. der wirtschaftliche Ertrag von Sachen der mit ihnen durch Gebrauchsüberlassung vermittelst entgeltlicher Rechtsgeschäfte gewonnen wird, z. B. der Mietzins, die Zinsen eines Kapitals. Diese *fructes civiles* sind natürlich keine Akzession der betreffenden Sache.

§ 40.

Die Sachenrechte.

Sachenrechte sind die Rechte, welche der Person eine unmittelbare rechtliche Herrschaft über eine Sache geben. Sie haften an der Sache und müssen von Jedermann respektiert werden, der nicht aus einem besonderen Grunde zu einer sie beschränkenden Einwirkung auf die Sache berechtigt ist.

1. Jedes Sachenrecht bezieht sich auf eine individuell bestimmte Sache *(certa species).* Bloß qualitativ bestimmte Quantitäten, z. B. eine Geldsumme kann man zu fordern haben, Sachenrechte daran gibt es nicht, sondern immer nur an den einzelnen individuellen Stücken.

2. Jedes Sachenrecht setzt eine für sich bestehende Sache voraus. Dinge, die nur Bestandteile einer Sache sind, unterliegen dem an dieser haftenden Sachenrecht, sind aber nicht Objekte eines davon verschiedenen besonderen Sachenrechtes. Das Eigentum am Grundstück erstreckt sich notwendig auf das darauf erbaute Gebäude und auf die hängenden Früchte (§§ 47, 49); ein selbständiges vom Eigentum am Grundstück verschiedenes Eigentum an diesen Dingen besteht nicht.

3. Jedes Sachenrecht hat endlich zum Objekt eine *res in commercio.* Wird diese später zur *res extra commercium* (§ 39) so erlischt es ebenso wie mit dem Untergang der Sache.

Die Sachenrechte des römischen Rechtes sind: das Eigentum, die Servituten, die Superfizies, die Emphyteusis und das Pfandrecht.

I. Das Eigentum.

§ 41.

Wesen des Eigentums.

D. *de arb. caed.* XLIII, 27; *de glande leg.* XLIII, 28; l. 25 pr. D. *d. V. S.* L, 16.

Das Eigentum *(dominium, proprietas)* ist das Recht einer Person an einer Sache, demzufolge diese Sache dieser Person gehört. Die Person, der sie gehört, ist der Eigentümer *(dominus).* In dem Begriff

des Gehörens liegt, daß der Eigentümer in der Regel, d. h. sofern die Rechtsordnung nichts anderes bestimmt:

1. über die Sache nach Willkür (tatsächlich und rechtlich) verfügen, sie beliebig gebrauchen oder nicht gebrauchen, sie insbesondere auch zerstören darf (sog. positive Seite des Eigentums); daß er

2. jeden Dritten von der Sache ausschließen darf, gleichgiltig ob er sie selbst gebraucht oder nicht (sog. negative Seite des Eigentums).

Das Eigentum ist das inhaltsvollste und vollkommenste Privatrecht an der Sache. Es ist nicht bloß eine Summe bestimmter Befugnisse, sondern vielmehr die Totalität der rechtlichen Herrschaft über die Sache, aber doch nur innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen. Der Eigentümer ist zu jeder Verfügung über die Sache berechtigt, sofern dieselbe durch die Rechtsordnung nicht besonders untersagt ist. Die Grenzen, welche der im Eigentum gelegenen rechtlichen Herrschaft gezogen sind, sind veränderlich, verschieden nach Zeiten und Sachen, bald enger, bald weiter, seltener bei beweglichen Sachen (§ 27), fehlen sie nie bei Grundstücken, wegen des natürlichen Zusammenhangs derselben und des eminenten Interesses der Gesamtheit. Beispiele solcher Beschränkungen sind: die Bestimmung, daß städtische Bauten eine gewisse Höhe nicht überschreiten dürfen, daß der natürliche Ablauf des Regenwassers nicht durch künstliche Vorrichtungen abgeändert werden darf *(actio aquae pluviae arcendae)*, daß der Eigentümer dulden muß, daß der Nachbar *tertio quoque die* auf sein Grundstück komme, um die herübergefallenen Früchte einzusammeln *(interdictum de glande legenda)* u. a. Sofern diese Beschränkungen, wie die zwei letzterwähnten, im Interesse der Nachbarschaft getroffen sind, bilden sie Teile des sog. Nachbarrechtes. Die Befugnisse, welche aus solchen Bestimmungen für den Nachbar bezüglich unseres, also eines ihm nicht gehörigen Grundstückes erwachsen, bezeichnet man als Legalservituten.

Verschieden von diesen durch die Rechtsordnung selbst statuierten Beschränkungen, welche schon mit dem positiven Eigentumsbegriff der Rechtsordnung gegeben sind, sind die Beschränkungen, welche daraus folgen, daß der Eigentümer kraft seines Eigentums dritten Personen besondere Rechte an seiner Sache einräumt. Vom Standpunkte des Dritten aus sind diese Rechte *iura in re aliena*, Sachenrechte des Dritten an der ihm fremden Sache des Eigentümers, vom Standpunkt des Eigentümers aus sind sie Lasten, welche auf sein Eigentum drücken und die volle Übung desselben mehr oder weniger zurückdrängen. Sie umfassen schon begrifflich, im Unterschied vom Eigentum, bloß bestimmte einzelne Befugnisse, geben nicht die Totalität der rechtlichen Herrschaft, sondern nur eine bestimmte größere oder kleinere, Summe von Berechtigungen. Dadurch, daß Jemand an der Sache eines Andern solche beschränkte Rechte erwirbt, hört letzterer nicht auf Eigentümer der Sache zu sein; noch immer gehört die Sache ihm, nur darf er jetzt natürlich sein

Eigentum nicht in einer dem Sachenrecht des Dritten widersprechenden Weise ausüben. Je umfassender nun dieses Recht des Dritten ist, desto größer ist die daraus sich ergebende Eigentumsbeschränkung. Dieselbe kann sogar so weit gehen, daß dem Eigentümer während der Dauer des beschränkenden Rechtes jeder Genuß der Sache verwehrt ist. Dies ist der Fall beim *usus-fructus* (§ 62), der dem Berechtigten den vollen Genuß der Sache gibt (und in noch erhöhtem Maße bei der Superfizies (§ 67) und Emphyteusis (§ 68), so daß ihm gegenüber das Eigentum als *nuda proprietas* bezeichnet wird. Aber trotzdem ist auch hier das Eigentum dadurch nicht aufgehoben, der *ususfructus* hat nur die Wirkung, daß zufolge desselben fast jede Übung des Eigentumsinhaltes ruht, jedoch nur solange, als der *usus-fructus* besteht. Erlischt er über kurz oder lang, so wird das noch immer bestehende Eigentum von selbst wieder zur *plena proprietas* und entfaltet sofort seinen vollen Inhalt. Denn durch die Entstehung eines solchen *ius in re aliena* an unserer Sache wird unser Eigentum nicht verstümmelt. Es ist nicht so, daß seinem Inhalt dadurch gewisse Befugnisse entzogen und an den *ususfructus* abgegeben werden, sondern vielmehr so, daß der *ususfructus* ein besonderes selbständiges Recht an der Sache ist, durch welches lediglich folgeweise die Ausübung des auch jetzt noch ungeschmälerten Eigentumsinhaltes gehemmt wird. Mit dem *ususfructus* fällt daher auch diese Hemmung weg und wird der bislang gebundene Eigentumsinhalt sofort wieder von selbst frei. Fällt dagegen anderseits das Eigentum weg, so wird dadurch der an der Sache bestehende *ususfructus* (oder ein anderes *ius in re aliena*) nicht zum Eigentum; denn das Eigentum war keine Beschränkung des *ususfructus*, sondern nur dieser eine Beschränkung des Eigentums, folglich ist auch die Erlöschung des Eigentums an sich für das *ius in re aliena* gleichgiltig. Würde dieses, z. B. der *ususfructus*, dadurch zum Eigentum werden, so würde es „aus sich heraus" ein anderes Sachenrecht was unmöglich ist. Es bleibt das *ius in re aliena*, das es ist — nur an einer herrenlos gewordenen Sache.

Endlich mag noch bemerkt werden, daß Schuldverbindlichkeiten des Eigentümers, welche das Eigentumsobjekt zum Gegenstande haben, niemals eine Eigentumsbeschränkung begründen. Wer seine Sache einem Andern schuldet, ist persönlich verpflichtet die Sache zu leisten, wegen dieser Verpflichtung jedoch nicht beschränkter Eigentümer.

§ 42

Besitz und Besitzesschutz.

l. 12. § 1. D. *d. A. P.* XLI, 2; l. 1, § 2. D. *uti poss.* XLIII, 17; l. 9. 25, § 1, l. 30. D. *h. tit.* XLI, 2; Gai. IV, 148—155, 160; l. 3, § 1. D. *h. tit.* XLI, 2; l. 153. D. *de R. J.* L, 17; l. 3, § 13. D. *h. tit.* XLI, 2.

Verschieden vom Eigentum ist der Besitz. Während Eigentümer der ist, dem die Sache rechtlich gehört, ist Besitzer der, welcher sie tat-

sächlich hat. Gewöhnlich wird der Eigentümer zugleich auch Besitzer seiner Sache sein, allein notwendig ist das nicht, denn es kann Jemand Eigentümer einer Sache sein, der sie nicht tatsächlich besitzt, und anderseits wieder Jemand Besitzer sein, der nicht ihr Eigentümer ist. Daraus ist ersichtlich, daß der Besitz ein dem Eigentum gegenüber selbständiges tatsächliches Verhältnis der Person zur Sache ist. Das Eigentum gibt zwar das Recht auf den Besitz (das *ius possidendi*), nicht aber den Besitz selbst.

Dieses tatsächliche Verhältnis des Besitzes, es mag mit dem Eigentum verbunden sein oder nicht, wird nach römischem Recht in manchen Fällen rechtlich geschützt und wird durch diese Rechtsfolge unbeschadet seiner Tatsächlichkeit zu einem Rechtsverhältnis. In den Fällen nun, in denen Besitzesschutz gewährt ist, spricht man von juristischem Besitz. Solcher Besitzesschutz und demgemäß juristischer Besitz liegt vor, bei demjenigen, der eine Sache tatsächlich z. B. durch Kauf erworben hat, ebenso bei dem, der sie durch Schenkung erlangt, als Zahlung empfangen hat; nicht minder aber auch bei dem, der die Sache gestohlen oder geraubt hat, kurz bei Jedem, der sich auf rechtmäßige oder unrechtmäßige Weise tatsächlich die Sache angeeignet hat. Weiter aber auch beim Pfandgläubiger (§ 69 II, *B.*), beim Emphyteuta (§ 68) und regelmäßig auch beim sog. Prekaristen (s. unten IV. *B.* 2.). Dagegen sind trotz des faktischen Habens nicht mehr juristische Besitzer der Sache: der Depositar, der Kommodatar, der Mieter und Pächter, ja selbst nicht der Usufruktuar. Juristische Besitzer der Sache sind in diesen Fällen vielmehr: der Deponent, der Kommodant, Vermieter und Verpächter, der Eigentümer, da sie den Besitzesschutz bezüglich der Sache genießen. Wird nämlich z. B. der Mieter oder Pächter aus der Sache durch einen Dritten vertrieben, so steht die Besitzesklage nicht ihm, sondern dem Vermieter beziehungsweise Verpächter zu, indem diese ihren juristischen Besitz dadurch ausüben, daß sie Gebrauch und Genuß der Sache Jemanden miet- oder pachtweise überlassen. Allerdings können Mieter, Pächter usw. juristische Besitzer der Sache dadurch werden, daß sie aus dem Rahmen des Miet- und Pachtverhältnisses heraustretend, den bisherigen Besitzer (Vermieter usw.) wirklich entsetzen, daß Depositar und Kommodatar die ihnen bloß anvertraute Sache unterschlagen usw.; allein solange das nicht geschehen ist, bleiben der Vermieter, Verpächter, Deponent und Kommodant juristische Besitzer der Sache, während sie bloße Inhaber, Detentoren, sind, welche nicht juristisch besitzen *(non possident)*, sondern um gerade bei Miete und Pacht zu bleiben, als Inleute *(inquilinus, colonus) in possessione* der ersteren sitzen.

Aus dem Bisherigen ist ersichtlich, daß das Gebiet des juristischen Besitzes ein positiv abgegrenztes ist; nicht jedes tatsächliche Haben einer Sache ist schon juristischer Besitz, sondern nur dasjenige, dem die Rechtsordnung Besitzesschutz gewährt. Wo dieser Besitzesschutz fehlt, dort ist trotz des tatsächlichen Habens der Sache doch kein juristischer

Besitz, sondern nur bloße Detention oder Innehabung vorhanden. Zugleich ist aber auch ersichtlich, daß der juristische Besitz, zwar immer ein tatsächliches Verhältnis der Person zur Sache ist, daß aber dieses doch nicht notwendig ein unmittelbares körperliches Haben der Sache sein muß, wie dies der juristische Besitz des Deponenten, Vermieters usw. zeigt, die, obwohl sie die Sache unmittelbar, körperlich, nicht haben, doch so lange juristische Besitzer derselben bleiben, als Depositar, Mieter usw. sich die Sache nicht tatsächlich angeeignet haben.

Ist der Besitz hergestellt, so besteht der Besitzeszustand im Ganzen darin, daß die Sache tatsächlich zur Verfügung einer Person — des Besitzers — steht. Jeder fertige Besitzeszustand ist in diesem Sinne ein Machtverhältnis der Person bezüglich einer Sache, was insbesondere auch betreffs des Vermieters, Deponenten usw. gilt, da diese ohne sich der Sache zu begeben, ihre Macht über dieselbe durch Deponierung, Vermietung usw. ausüben. Ob nun aber ein vorhandenes tatsächliches Verhältnis des Habens juristischer Besitz oder nur Detention sei, das läßt sich aus dem bloß äußeren Verhältnis der Person zur Sache nicht erkennen. Denn die äußere Erscheinung des Habens einer Sache ist z. B. beim Depositar oder Kommodatar keine andere wie beim Käufer, und doch sind erstere nur Detentoren, während letzterer juristischer Besitzer ist. Erkennbar ist dies nur aus der Gesamtheit der tatsächlichen Vorgänge, die zum Haben der Sache geführt haben, also aus der Art und Weise der Begründung des tatsächlichen Verhältnisses, mit a. W. aus der *causa* desselben. Hat derjenige der die Sache tatsächlich hat, dieselbe durch solche Handlungen erlangt, die als Aneignungshandlungen gelten (hat er sie z. B. gekauft, gestohlen usw.), oder hat er sie als Pfand oder als *precarium* erhalten oder behufs Begründung einer Emphyteuse bekommen — so ist er juristischer Besitzer, sonst Detentor. Folgeweise ist dann der auf Herstellung eines dieser tatsächlichen Verhältnisse (welche durch Besitzesschutz ausgezeichnet sind) gerichtete Wille der *animus possidendi*, der sich je nach Verschiedenheit des Verhältnisses verschieden gestalten wird, regelmäßig Aneignungswille (sog. *animus domini*) sein wird, aber auch bloß darauf gerichtet sein kann, die Sache als Pfand oder *precario* zu haben oder sie in den Grenzen der Emphyteusis zu benützen. Ob die oder jene Art des Besitzeswillens vorliegt, ergibt sich nur aus der *causa*, die zum tatsächlichen Haben der Sache führt. Der Hauptfall des juristischen Besitzes ist der auf dem Aneignungswillen *(animus domini)* beruhende; diesen sog. Eigenbesitz*) werden wir weiterhin in diesem Paragraphen behandeln, was uns auch auf den Besitz des Prekaristen führen wird; von den übrigen Fällen

*) Eigenbesitz hat auch der Dieb und Räuber, da beide sich die Sache zueignen und sie tatsächlich wie eine eigene haben wollen. Daher ist der obenerwähnte *animus domini* nicht mit der *opinio dominii* zu verwechseln. Der Dieb hat *animus domini* aber gewiß nicht *opinio dominii*.

des juristischen Besitzes (Sachbesitz des Pfandgläubigers und des Emphyteuta) wird dann in anderem Zusammenhange (§§ 68 und 69) noch die Rede sein.

I. Es wurde bereits hervorgehoben, daß das seinem Wesen nach bloß tatsächliche Verhältnis des Besitzes, durch die Rechtsfolgen, welche das römische Recht daran knüpft (die sog. *iura possessionis*) zum juristischen Besitz, also zu einem Rechtsverhältnis wird. Deshalb kann juristischer Besitz trotz aller Tatsächlichkeit dort nicht vorliegen, wo diese Rechtsfolgen nicht möglich sind. Daher:

1. Hat keinen juristischen Besitz der Sklave und (nach älterem Recht) das Hauskind, weil beide der *iura possessionis* nicht fähig sind (§§ 26, 31).

2. Gibt es keinen juristischen Besitz an *res extra commercium*, weil betreffs dieser Sachen die *iura possessionis* nicht vorkommen können (§§ 38, 39).

II. Der juristische Besitz wird durch eine Handlung der Person (die Apprehension), und zwar *animo et corpore* erworben, das heißt dadurch, daß die Person mit dem *animus possidendi (animus domini)* die Sache zu sich in das dem Besitz entsprechende tatsächliche Verhältnis, *corpus* genannt, bringt. Was dazu im Einzelnen erforderlich ist, das richtet sich nach der Beschaffenheit der Sachen, insbesondere aber auch darnach, ob der Besitz eigenmächtig, d. h. durch Okkupation, oder mit dem Willen des bisherigen Besitzers (vertragsmäßig), d. i. durch Tradition erworben wird. Im ersteren Falle wird gefordert, daß man sich der Sache bemächtigt, z. B. das Tier erlegt, fängt, andere bewegliche Sachen zu sich nimmt, Grundstücke in Kultur zieht, sich nach Vertreibung des bisherigen Besitzers darin festsetzt usw., während im zweiten Fall weniger gefordert wird, da es sich bei der Tradition auf Seite des Tradenten ja nur um Überlassung, auf Seite des Erwerbers nur um Übernahme eines bereits tatsächlich hergestellten Besitzzustandes *(corpus)* handelt; diese Verknüpfung des bereits vorhandenen tatsächlichen Zustandes mit der Person des Erwerbers kann insbesondere auch schon durch einen den *animus domini* involvierenden Vertrag geschehen. Dies ist der Fall bei der *traditio brevi manu* und dem *constitutum possessorium*. Erstere liegt dann vor, wenn sich der Besitzer zu Gunsten des Detentors der Sache entäußert, also z. B. dem Kommodatar, Mieter usw. die in dessen Detention schon befindliche Sache verkauft, schenkt usw. Dadurch wird der letztere ohne weiters juristischer Besitzer, da zu seinem bereits vorhandenen faktischen Haben *(corpus)* sein im Kauf usw. enthaltener *animus domini* hinzutritt. Ebenso kann umgekehrt der bisherige Besitzer durch bloßen Vertrag zum Detentor eines Andern werden, welcher von jetzt an durch ihn besitzt. Dies ist der Fall des *constitutum possessorium*, welches dann vorliegt, wenn z. B. der Besitzer *A* die Sache dem *B* verkauft, schenkt usw., gleichzeitig aber von diesem die Sache mietet, als Kommodat behält usw. Dadurch wird *B* sofort Besitzer, da der *animus* wieder im Kauf usw. liegt, während er das *corpus* durch seinen Mieter usw. *A* ausübt.

Der Besitz kann aber nicht nur in diesem Falle *(constitutum possessorium)*, sondern überhaupt allgemein durch Stellvertreter erworben werden. Dazu ist erforderlich, daß der Vertretene selbst den *animus possidendi* habe, während das *corpus* durch die Handlung des Stellvertreters realisiert wird, vorausgesetzt, daß dieser den Willen hat, den Besitz nicht für sich, sondern für seinen *dominus* zu erwerben. Sobald er in dieser Absicht die Apprehensionshandlung vollzogen hat, wird unmittelbar der Vertretene juristischer Besitzer (§ 22). Ist der *dominus* handlungsunfähig (§ 36), so vertritt ihn der Stellvertreter auch im *animus*, d. h. macht ihn durch die für ihn vorgenommene Apprehension zum Besitzer, obwohl der *dominus* selbst den *animus possidendi* nicht hat *(ignoranti adquiritur possessio)*. Das Gleiche gilt auch bei Organen juristischer Personen (§ 37). Endlich kann der Gewalthaber auch den Besitz durch die in seiner *potestas* befindlichen Sklaven und Hauskinder erwerben, durch erstere aber nur dann, wenn er auch sie besitzt. Haben diese Gewaltuntertänigen von ihm ein *peculium*, so ist ein besonderer *animus possidendi* auf seiner Seite nicht notwendig, es genügt der generelle Erwerbswille, der in der *concessio peculii* liegt (§ 114). Will der Gewaltuntertänige nicht für den Herrn, sondern für einen Andern erwerben, so wird gar kein Besitz begründet.

III. Der einmal begründete Besitz dauert als Zustand so lange, bis ein Aufhebungsgrund eintritt. Aufgehoben wird nun der juristische Besitz:

1. dadurch, daß der Besitzer vermögensunfähig (§§ 26, 27) oder die Sache zur *res extra commercium* wird (§§ 39, 40);

2. dadurch, daß das tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache behoben wird. Dies wird bewirkt durch den Tod des Besitzers. Der Besitz ist als tatsächliches Verhältnis nach römischem Recht nicht vererblich. Außerdem kann eine solche Behebung *animo* oder *corpore* bewirkt werden:

a) animo durch den Willen des Besitzers *(animus non possidendi)*, u. zw dadurch, daß dieser sich absichtlich des Besitzes entäußert, z. B. die Sache wegwirft, sie einem Andern tradiert usw.;

b) corpore dadurch, daß der Besitzer ohne seinen Willen um den Besitz kommt, z. B. daß er die Sache verliert, daß ihm die Sache gestohlen, er vom Grundstück dejiziert wird, daß die Sache zu Grunde geht usw.

IV. Die wichtigste Rechtsfolge des Besitzes *(ius possessionis)* ist der Schutz durch Besitzesklagen; diese sind die possessorischen Interdikte. Durch diese wird der Besitz als solcher, ohne Rücksicht auf das Eigentum geschützt. Die *controversia de possessione* ist von der *de proprietate* streng geschieden. Nur bei letzterer kommt es auf das Recht an der Sache an, nicht bei ersterer. Bei dieser entscheidet nur das tatsächliche Verhältnis, welches im Sinne des römischen Rechtes Besitz ist. Possessorisch sind nur die *interdicta, quae possessionis causam habent*, also die *interdicta retinendae* und *recuperandae possessionis*, nicht

die auf Neuerlangung des Besitzes abzielenden *interdicta adipiscendae possessionis.*

A. Interdicta retinendae possessionis sind das *interdictum uti possidetis* und das *interdictum utrubi.*

1. Das *interdictum uti possidetis* bezieht sich auf unbewegliche Sachen. Es lautet:

Uti eas aedes q. d. a. nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto.

Es verbietet jede gewaltsame Änderung des gegenwärtigen Besitzstandes. Es findet Anwendung wegen Besitzstörung und wegen Streits darüber, wer Besitzer der Immobilie ist. Die Partei gewinnt mit dem Interdikt, welche zur Zeit der Anstellung des Interdikts, genauer des *interdictum redditum* (§ 163), den juristischen Besitz der Immobilie hat, vorausgesetzt, daß sie diesen Besitz nicht von der anderen Prozeßpartei *vi, clam* oder *precario* erlangt hat. Ist dies dagegen der Fall, so nützt ihr solch vitiöser juristischer Besitz in diesem Prozesse nichts; sie wird vielmehr zur Herausgabe des Besitzes an den Gegner verurteilt. Insoferne hat das Interdikt für diesen rekuperatorische Wirkung. Solche Verurteilung kann jede Partei, nicht bloß den Beklagten, sondern auch den Kläger treffen, deshalb ist dieses Interdikt ein *interdictum duplex.*

2. Das *interdictum utrubi* gilt für bewegliche Sachen:

Utrubi hic homo, q. d. a. maiore parte huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.

Nach klassischem Recht gewann hiemit nicht die Partei, welche gegenwärtig (zur Zeit des *interdictum redditum*) den Besitz hat, sondern die Prozeßpartei, welche während des letzten Jahres, vom *interdictum redditum* zurückgerechnet, die Sache länger besessen hatte als die andere, auch hier vorausgesetzt, daß sie den Besitz nicht *vi, clam,* oder *precario* von der letzteren erworben hat. Wie sie sonst den Besitz erlangt hat, ob durch Gewalttat gegen einen Dritten usw., ist hier, wie auch beim *interdictum uti possidetis,* gleichgiltig. Hat also z. B. der Kläger im letzten Jahre achtmonatlichen Besitz *nec vi, clam* oder *precario ab adversario,* der Beklagte dagegen nur zweimonatlichen Besitz, so wird der Kläger gewinnen; ist der Beklagte jetzt Besitzer, so wird er zur Herausgabe der Sache an den Kläger verurteilt, so daß auch dieses Interdikt rekuperatorisch wirken kann. Ebenso wird im umgekehrten Falle der Kläger verurteilt, so daß auch das *interdictum utrubi duplex* ist. Bei der Berechnung der Besitzeszeit im letzten Jahre findet *accessio possessionis* statt, d. h. jede Partei kann sich nicht bloß ihre eigene Besitzeszeit, sondern auch die des Auktors anrechnen, von dem sie derivativ den Besitz erworben hat. Diese vom *interdictum uti possidetis* verschiedenen Grundsätze des *interdictum utrubi* sind im Justinianischen Recht beseitigt; daselbst gilt für das *inter-*

dictum utrubi das Gleiche wie für das *interdictum uti possidetis*. Der Sache nach gibt es daher im Justinianischen Recht nur mehr ein *interdictum retinendae possessionis*, das in seiner Anwendung auf Immobilien *interdictum uti possidetis*, auf Mobilien dagegen *interdictum utrubi* heißt.

B. Interdicta recuperandae possessionis sind das *interdictum de vi und das interdictum de precario*. Beide Interdikte bezwecken Wiedererlangung des verlorenen Besitzes, während die *interdicta retinendae possessionis* in erster Linie auf Erhaltung des Besitzes abzielen und nur nebenbei auch rekuperatorisch wirken.

1. Das *interdictum de vi* bezieht sich bloß auf Immobilien und setzt Besitzesverlust durch Dejektion *(vis)* voraus:

Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti — cum ille possideret — eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.

Kläger ist der vertriebene juristische Besitzer, der *deiectus;* Beklagter der Dejizient ohne Rücksicht darauf ob er den Besitz der Immobilie hat oder nicht. Das Ziel des Interdikts ist Restitution der Sache eventuell Schadenersatz Die sog. *exceptio vitiosae possessionis* ist hier unzulässig, der Dejizient wird somit auch dann verurteilt, wenn sich der Kläger *(deiectus)* selbst den Besitz *vi, clam* oder *precario* von ihm verschafft hatte. Diese Bestimmung wurde dem besonderen *interdictum de vi armata* des klassischen Rechtes entnommen, welches im Justinianischen Recht nicht mehr besteht. Daselbst gibt es nur mehr ein *interdictum de vi*, die *vis* mag *armata* sein oder nicht; dieses kann nur innerhalb eines *annus utilis* seit der Dejektion angestellt werden; nach Ablauf dieser Zeit kann der Dejizient mittelst *actio in factum* nur mehr auf das belangt werden, *quod ad eum pervenit.* Seine Erben haften überhaupt nur mit dieser Beschränkung.

2. Das *interdictum de precario* lautet:

Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, q. d. r. a. id illi restituas.

Es setzt voraus, daß der Besitzer einer beweglichen oder unbeweglichen Sache diese an einen Andern *precario*, d. h. über dessen Bitte *(preces)* gegen beliebigen Widerruf überlassen hat. Durch diese Überlassung wird der Prekarist regelmäßig nicht bloß Detentor, sondern juristischer Besitzer und hat jetzt gegen Dritte selber die possessorischen Interdikte. Widerruft jedoch der *precario dans* das Prekarium, so muß der Prekarist ihm sofort die Sache restituieren. Tut er dies nicht, so wird seine *precaria possessio* zur *vitiosa (vi, clam, precario)*, und es kann jetzt gegen ihn vom *precario dans* das *interdictum de precario* angestellt werden. Desgleichen gegen den, *qui dolo malo fecit, ut desineret habere.*

In der älteren Zeit bestand wahrscheinlich noch ein drittes rekuperatorisches *interdictum, de clandestina possessione* gegen den, welcher ein

Grundstück *clam* durch heimliche Okkupation in Besitz genommen hatte; noch zu Julians Zeit scheint es angewendet worden zu sein; später ist es verschwunden.

§ 43.

Miteigentum und Mitbesitz.

l. 5, § 15. D. *comm.* XIII, 6; l. 28. D. *comm. div.* X, 3.

Das an einer Sache bestehende Eigentum schließt begrifflich ein anderes Eigentum an dieser Sache aus. Ein mehrfaches Eigentum an einer Sache ist undenkbar. Wohl aber kann das eine an der Sache bestehende Eigentum mehreren Personen zustehen. Der historische Ausgangspunkt einer solchen Eigentumsgemeinschaft *(communio)* ist die Beerbung des Eigentümers durch mehrere Erben. Das römische Recht kennt von den verschiedenen Gestalten der Eigentumsgemeinschaft nur das Miteigentum *(condominium)*.

Beim Miteigentum ist die Sache nicht geteilt; vielmehr gehört sie als ganze und ungeteilte Sache allen Miteigentümern zusammen. Keiner von ihnen kann das geringste Atom der Sache sein Alleineigentum nennen, jedes Atom der ungeteilten Sache gehört immer wieder Allen zusammen. Ebenso wenig ist aber auch das Eigentum zerlegt oder geteilt, sondern steht allen Miteigentümern ganz und ungeteilt zu. Jeder von ihnen ist Subjekt des ganzen Eigentums, nur ist er es nicht allein, sondern hat gleichberechtigte Subjekte neben sich. Diese Koëxistenz mehrerer Subjekte desselben Eigentums wird von den römischen Juristen dahin ausgedrückt, daß sie jedem Miteigentümer eine sog. *pars pro indiviso*, d. h. einen Eigentumsanteil zuschreiben. Die *pars pro indiviso* muß beim Miteigentum eine quotativ bestimmte sein, z. B. ein Viertel, Drittel usw. des ganzen Eigentums an der ungeteilten Sache. Die Hauptgrundsätze des Miteigentums sind:

1. Da die ganze Sache in allen ihren Teilen allen zusammen gehört, da mit a. W. keiner das Eigentum derselben allein, sondern nur in Gemeinschaft mit den Übrigen hat, so darf keiner allein tatsächlich über die Sache verfügen, sondern nur alle zusammen, u. z. einverständlich. Widerspricht auch nur einer, so muß die Verfügung unterbleiben, seine *pars pro indiviso* mag z. B. drei Viertel oder ein Tausendstel sein. Denn jede tatsächliche Verfügung über die Sache oder ein noch so geringes Stück derselben trifft das Eigentumsobjekt (die Sache), welches keinem allein, sondern allen gemeinschaftlich gehört.

2. Dagegen darf jeder Miteigentümer über seine Rechtsstellung, mit a. W. über seinen Eigentumsanteil *(pars pro indiviso)* ohne Zustimmung der übrigen rechtlich verfügen, also z. B. seine *pars pro indiviso* vindizieren, veräußern usw., weil dadurch die Rechtsstellung derselben nicht berührt wird. Bisher gehörte die Sache z. B. gemeinschaftlich dem *A, B, C;*

veräußert jetzt *C* seinen Eigentumsanteil dem *D*, so tritt dieser an dessen Stelle, so daß die Sache jetzt dem *A, B, D* gehört.

3. Dieses Gemeinschaftsverhältnis kann auf die Dauer ein sehr lästiges werden. Deshalb kann jeder Miteigentümer die Aufhebung desselben durch die *actio communi dividundo* erzwingen, welche er gegen die übrigen Miteigentümer anstellt. Daraufhin wird der Richter die Teilung und Auseinandersetzung des Gemeinschaftsverhältnisses nach Maßgabe der Anteile *(partes pro indiviso)* der Miteigentümer vornehmen. Nach diesen bestimmt sich auch schon bei Bestand des Miteigentums der Nutzungsanteil jedes Miteigentümers.

Entsprechend dem Miteigentum gibt es auch einen Mitbesitz *(compossessio)*. Wie dort das Eigentum, so steht hier der juristische Besitz einer ungeteilten Sache mehreren gemeinschaftlich *(pro indiviso)* zu, so daß jeder einen bestimmten Besitzanteil hat.*)

§ 44.

Geschichte des Eigentums im römischen Recht.

Gai. II, 40, 41, I, 54; III, 80, 166; Ulp. I, 16, 19, 20; C. *de n. iure Q.* t. VII, 25; *de usu. transf.* VII, 31.

Im ältesten römischen Recht hatte das Eigentum einen durchaus zivilen Charakter. Dieses zivile Eigentum ist das *dominium ex iure Quiritium*. Es konnte nur solchen Personen zustehen, welche das zivile *commercium* hatten (§ 15, 29), sich ferner nur auf solche Sachen beziehen, die des quiritischen Rechtes fähig waren, das sind alle beweglichen Sachen, von den unbeweglichen aber nur die *praedia in solo Italico* (nicht Provinzialgrundstücke, es wäre denn, daß sie ausnahmsweise das sog. *ius Italicum* hatten § 39), und es wurde endlich nur durch solche Erwerbsarten begründet, die im *ius civile* (§ 17) anerkannt waren. Dies waren einmal die spezifisch römischen Erwerbsarten der *mancipatio, in iure cessio*

*) Obige Konstruktion des Miteigentums basiert auf l. 5 § 15 D. 13, 6: Celsus — ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso *pro parte dominium* habere — und versteht unter der pars pro indiviso einen Rechts- u. z. Eigentumsanteil. Es ist aber auch eine andere Konstruktion möglich, die davon ausgeht, daß pars pro indiviso kein Eigentumsanteil, sondern ein Sachanteil, eine Sachquote, $^1/_3$, $^1/_4$ usw. der ganzen körperlich ungeteilten Sache ist. Danach ist dann das Miteigentum das Eigentum an einer solchen Sachquote. Auch daraus lassen sich die obigen für das Miteigentum geltenden Sätze ableiten. Ob dies aber wirklich die römische Auffassung war muß dahin gestellt bleiben. Die oben zitierte Hauptstelle kann kaum von Sachteilen verstanden werden, da das pro parte wohl zu dominium gehört. Anhaltspunkte für diese Konstruktion bieten, einmal die vindicatio partis (§ 57, Note *), bei welcher die pars pro indiviso nicht der Rechtsgrund der Klage: Eigentumsanteil, sondern das Objekt der Vindication, also Sachanteil, ist; sodann die Parallele der partes hereditatis. diese sind Erbschafts- also Objektsanteile, nicht Erbrechtsanteile.

usw., daneben aber auch wohl schon von alters her solche, die dem römischen Volk nicht eigentümlich waren, die vielmehr auf einer gewissen Naturnotwendigkeit beruhten und daher auch bei anderen Völkern Geltung hatten, wie die Okkupation, Akzession, der Fruchterwerb usw. Diese dem Wesen nach naturalen Erwerbsarten waren als solche zwar nicht spezifisch römisch, aber doch, weil ebenfalls im *ius civile* der Römer geltend, wenigstens auch römisch. Zu diesen auch römischen Erwerbsarten gehörten, so weit unsere Kenntnis zurückreicht, wohl stets der natürliche Vollzugsakt der Veräußerungsgeschäfte: die Tradition, aber nur in der Anwendung auf körperliche *res nec mancipi* (§ 53).

Wurde dagegen eine *res mancipi* veräußerungsweise z. B. auf Grund eines Kaufes bloß tradiert, so ging dadurch auf den Erwerber nach quiritischem Recht kein Eigentum über, da es an der für diese Sachen geforderten *mancipatio* oder *in iure cessio* fehlte. Eigentum erlangte der Käufer in einem solchen Falle erst durch die nachfolgende Ersitzung *(usucapio)*. Bis zur Vollendung derselben blieb noch immer der Veräußerer, bezw. Tradent, Eigentümer und konnte als solcher noch immer die ihm *ex iure Quiritium* gehörige Sache vindizieren. Allein da legte sich der Prätor ins Mittel, indem er den geschilderten Vorgang, obwohl derselbe *ex iure Quiritium* kein Eigentum übertrug, doch die rechtliche Bedeutung beilegte, daß er den Erwerber gegen die *rei vindicatio* des Verkäufers durch eine Einrede, die *exceptio rei venditae et traditae (exc. doli)* schützte. Außerdem gab er ihm aber auch gegen jeden Dritten, der ohne seinen Willen die Sache erlangt hatte, auf die vorerwähnte Tradition hin eine Klage, die *Publiciana in rem actio* (§ 58). Mit dieser Klage konnte der Erwerber die Sache insbesondere auch dem Verkäufer trotz seines quiritischen Eigentums abnehmen, wenn dieser später irgendwie den Besitz der Sache erlangt hatte. Folgeweise war das nach quiritischem Recht zwar noch immer bestehende Eigentum des Tradenten durch die seitens des Prätors jurisdiktionell geschützte Stellung des Käufers ganz entkräftet. Diese bloß durch den prätorischen Schutz gesicherte Angehörigkeit der *res mancipi* ist das *in bonis esse* oder das bonitarische Eigentum. Übrigens konnten ähnliche Verhältnisse auch durch andere bloß prätorische Erwerbsarten begründet werden; so hatte namentlich der prätorische Erbe *(bonorum possessor* (§ 127) die Erbschaftssachen, und zwar auch die *res nec mancipi*, nur *in bonis*, so bewirkte ferner das *possidere auctore praetore* auf Grund nicht geleisteter *cautio damni infecti* (§ 59) und der Noxalduktion (ohne *mancipatio)* ebenfalls nur ein *in bonis esse* (§ 101). Nur wird in diesen Fällen bloß prätorischen Erwerbs der prätorische Schutz durch verschiedene Rechtsmittel und nicht etwa durch eine einheitliche, für alle Fälle berechnete Klage gewährt. Wo immer nun ein solches *in bonis esse* der einen wie der andern Art vorlag, dort war im Konflikt mit demselben das *dominium ex I. Q.* so gut wie wirkungslos. Daher wurde es als *nudum I. Q.* bezeichnet. Wirklichen

Eigentumsgehalt hatte das quiritische Eigentum jetzt nur mehr dann, wenn ihm kein solches *in bonis esse* gegenüberstand, (wenn also z. B. der Käufer durch Ersitzung bereits quiritischer Eigentümer geworden war (§ 56), oder ihm die Sache gleich anfangs auch manzipiert worden war), wenn es mit a. W. sog. Eigentum *pleno iure* war. Abgesehen von solchem Fall reduzierte sich die Bedeutung des quiritischen Eigentums (des *nudum I. Q.)* nur auf folgende untergeordnete Punkte: War der Manumissor bloß bonitarischer Eigentümer des Sklaven, so wurde dieser nicht *civis Romanus*, sondern nur *Latinus Iunianus* (§ 28); wurde der Sklave vom quiritischen und bonitarischen Eigentümer manumittiert, so fiel die etwaige *tutela legitima* (§ 119) über den Freigelassenen nur dem ersteren zu. Dieser Gegensatz des sog. quiritischen und bonitarischen Eigentums — *duplex dominium* nennt es Gaius bezüglich der *res mancipi* — beherrschte das klassische Recht. Als Subjekt beider Eigentumsarten müssen wir uns einen *civis* oder *Latinus*, als Objekt eine des *ius civile* fähige Sache denken, während die Erwerbsart dort eine zivile (§ 17), hier eine nicht zivile war. Behoben wurde der Dualismus durch Usukapion, durch welche das *in bonis habere* zum quiritischen Eigentum wurde (§ 56).

Neben diesen auf Bürger und des *ius civile* fähige Sachen bezüglichen Eigentumsarten steht im klassischen Recht noch das Eigentum der Peregrinen und das Eigentum an Provinzialgrundstücken. Eines wie das andere ist *dominium ex iure gentium*, welches nach Maßgabe der magistratischen Edikte (§ 8) vor römischen Gerichten Geltung erlangt hatte.

Das erstere konnte schon seines Subjektes wegen niemals ein *dominium ex I. Q.* sein. Es war an allen Sachen mit Ausnahme der *res extra commercium* möglich. Begründet wurde es durch die naturalen Erwerbsarten, insbesondere auch wieder durch die veräußerungsweise vorgenommene Tradition (§ 53).

Das letztere wird durch sein Objekt charakterisiert, und konnte dieseswegen auch nie quiritisches Eigentum sein. Das *solum provinciale* stand als erobertes Gebiet, wie Gaius sagt, im *dominium populi Romani aut Caesaris*. Darunter ist kein Privateigentum *ex I. Q.*, sondern nur ein publizistisches Verhältnis verstanden *(res publicae)*, demzufolge der erobernde Staat nach Erlöschung jedes daran bestehenden Privatrechtes die volle eigentumsähnliche Verfügungsmacht über diese Gebiete hatte. Gleichwohl hat das erobernde Rom die bisherigen Besitzer nur ganz ausnahmsweise vertrieben, meistens ließ man es bei den bisherigen Besitzverhältnissen (gegen Entrichtung gewisser Abgaben, *praedia tributoria — stipendiaria)* bewenden. Doch waren diese dem römischen Staat gegenüber bloß tatsächliche Zustände, die ohne festes Recht der Besitzer dem Staate gegenüber so lange bestanden, als dieser sie stillschweigend konzedierte. Dagegen war dieses Verhältnis, welches Gaius dem Staat gegenüber als *possessio* und tatsächlichen *usus fructus* bezeichnet, anderen Privaten gegenüber rechtlich, u. zw.

eigentumsähnlich geschützt. Auch an diesen Grundstücken gab es mit a. W. rechtlich geordnete Besitzverhältnisse „mit Kauf, Vererbung, Vermächtnis“ usw., die nach *ius civile* zwar kein Eigentum waren, die aber doch durch die magistratischen Edikte ebenso wie Eigentum *(pro dominio)* geschützt wurden, gleichwie auch die hier bestehenden Heiligtümer, wenn sie auch kein wirkliches *sacrum* oder *religiosum* waren, so doch *pro sacro* oder *religioso* gehalten wurden. Dies galt gleichmäßig, es mochte das Provinzialgrundstück einem Peregrinen oder einem Römer gehören. Auch im letzteren Falle konnte kein *dominum ex I Q.*, sondern nur das geschilderte eigentumsähnliche Verhältnis vorliegen, welches selbst durch Ersitzung niemals ziviles Eigentum werden konnte. Auch hier spielte die Tradition eine Hauptrolle.

Als Resultat des bisherigen ergibt sich eine Mehrheit von Eigentumsarten, welche teils mit einer rechtlichen Verschiedenheit der Sachen (*praedia Italica* und *provincialia*), teils mit einer Verschiedenheit der Eigentumssubjekte (*cives* oder *peregrini*), teils endlich mit einer Verschiedenheit der Erwerbsarten (quiritisches und bonitarisches Eigentum) in Zusammenhang stand. Die Verschiedenheit der Subjekte hatte seit der bekannten Verordnung Caracallas (§ 29) ihre Bedeutung so gut wie ganz verloren. Trotzdem jetzt alle Einwohner des Reiches (bis auf etwaige Freigelassene minderen Rechts) die Zivität hatten, bestand aber bezüglich der des *ius civile* fähigen Sachen noch immer der Unterschied zwischen quiritischem und bonitarischem Eigentum, und an den Provinzialgrundstücken (soferne nicht einzelne Gebiete das *ius Italicum* hatten) noch immer das früher geschilderte eigentumsähnliche Verhältnis.

So blieb es bis auf Justinian, welcher auch mit diesen fast ganz bedeutungslos gewordenen Verschiedenheiten aufräumte, indem er ausdrücklich das *nudum ius Quiritium*, dann den Unterschied zwischen *praedia Italica* und *provincialia*, und zwar in derselben Verordnung aufhob, durch welche er den Unterschied zwischen *res mancipi* und *nec mancipi* abschaffte (§ 39). Da ferner, wie sich später zeigen wird, bei Beseitigung der zivilen *mancipatio* und *in iure cessio* (§§ 51, 52) die Erwerbsarten in einer auf alle Sachen ohne Unterschied anwendbaren Gestalt aufgenommen wurden, so fiel jetzt auch der Unterschied der Erwerbsarten weg. Das, was überhaupt noch Erwerbsart war, begründete jetzt an allen Sachen für jedes Subjekt ein und dasselbe Eigentum. Dieses einzige Eigentum des Justinianischen Rechtes wird als *dominium* oder *proprietas* schlechtweg bezeichnet.

§ 45.

Die Eigentumserwerbsarten.

Die Eigentumserwerbsarten sind Komplexe von Tatsachen, an welche das Recht die Rechtswirkung: Entstehung des Eigentums für eine bestimmte

Person knüpft. Man teilt sie in originäre und derivative (§ 24). Originäre sind: die Okkupation, Verbindung und Vermischung, der Schatzerwerb, der Fruchterwerb, die Spezifikation und die Ersitzung. Derivative sind: die Manzipation, *in iure cessio*, die Tradition, die Adjudikation und das Vermächtnis. Historisch sind alle diese Erwerbsarten entweder zivile oder nicht zivile. Zivil sind vorerst die spezifisch römischen (quiritischen) Erwerbsarten: *mancipatio, in iure cessio*, die als *usucapio* bezeichnete Ersitzung und das Vermächtnis *(legatum)*; nicht zivil alle übrigen auf der *naturalis ratio* beruhenden. Daß aber auch diese ziviles d. h. Eigentum *ex I. Q.* begründen konnten, ergibt sich aus den §§ 17 und 44. Im Justinianischen Recht sind die spezifisch römischen Erwerbsarten bis auf *usucapio* und Vermächtnis, die übrigens wesentlich verändert wurden, beseitigt, gleichwohl können sie wegen ihrer Wichtigkeit für das Verständnis des römischen Rechtes nicht übergangen werden. Bei der Anordnung des Stoffes werden wir übrigens keine dieser Einteilungen, auch nicht die noch praktische in originäre und derivative zu Grunde legen, da sie nicht geeignet erscheinen, alle Erwerbsarten in der ihnen im Recht zukommenden Bedeutung für den Anfänger klar hervortreten zu lassen. Aus wesentlich didaktischen Gründen ordnen wir vielmehr die Erwerbsarten so, daß wir mit der eigentumsbegründenden Okkupation beginnen, an diese die Verbindung und Vermischung, den Schatzerwerb, Fruchterwerb und die Spezifikation reihen, dann zu den Eigentumsübertragungen übergehen, endlich die Lehre mit der Ersitzung abschließen.

Die sog. *adquisitiones per universitatem* bleiben hier außer Betracht, dieselben werden in anderem Zusammenhang behandelt werden. Es sind dies namentlich die *adquisitio per universitatem* im Fall der Arrogation und der *conventio in manum* (§§ 115, 109), ganz besonders aber die Erbfolge (§§ 124 fg.).

§ 46.

Die Okkupation.

l. 1, § 1. l. 3, 5, D. *d. A. R. D.* XLI, 1; Gai. II, 66 sq; §§ 12—18, 47, J. *de. rer. div.* II, 1.

Die Okkupation, d. i. die einseitige eigenmächtige Besitzergreifung, begründet dann Eigentum, wenn sie sich auf eine eigentumsfähige (§ 39, II. *C*) Sache bezieht, die herrenlos *(res nullius)* ist oder rechtlich für herrenlos gilt. Dadurch, daß der Okkupant eine solche Sache *animo domini* (§ 42) in Besitz (Eigenbesitz) nimmt, wird er zugleich ihr Eigentümer. Besitzerwerb ist hier Voraussetzung des Eigentumserwerbs. Die Okkupation ist die ursprüngliche Eigentumserwerbsart. Von ihr hat das Eigentum überhaupt seinen Ausgang genommen. Später tritt sie zurück und beschränkt sich auf die wenigen Sachgruppen, die jetzt noch herrenlos sind oder dafür gelten.

A. Herrenlos sind folgende Sachen:

1. Die *res, quae caelo terra marique capiuntur,* wie die Produkte des Meeres und herrenloser Bezirke, Steine, Muscheln, die im Meere entstehenden Inseln. Weiter die im Zustand natürlicher Freiheit befindlichen wilden Tiere *(ferae bestiae)* aller Art (z. B. Vögel, Fische usw.), einschließlich des Wildes (z. B. Hasen, Rehe usw.). Wer ein solches Tier erlegt oder fängt, wird dadurch Besitzer und Eigentümer, er mag es auf eigenem oder fremdem Grund erjagt haben. Ein Jagdrecht in unserem Sinne kennt das römische Recht nicht.

2. Die *res derelictae.* Das sind die vom Eigentümer aufgegebenen Sachen, z. B. die *animo derelinquendi* weggeworfene Sache, das *animo derelinquendi* verlassene Grundstück, usw. Nach der Ansicht der Sabinianer, welche das Justinianische Recht akzeptiert hat, erlischt dadurch sofort das Eigentum des Derelinquenten, die Sache wird herrenlos *(nostra esse desinit)* und fällt durch Okkupation ins Eigentum des Okkupanten. Nicht derelinquiert sind bloß verlorene Sachen, ebensowenig das, was anläßlich einer Seegefahr *navis exonerandae causa* über Bord geworfen ist. In beiden Fällen geht zwar der Besitz, nicht aber das Eigentum verloren. Wer eine solche Sache später okkupiert, wird dadurch nicht ihr Eigentümer.

B. Als herrenlos gelten die *res hostiles.* Diese sind Sachen des feindlichen Volkes oder seiner Angehörigen, welche sich beim Ausbruch des Krieges im römischen Gebiet befinden. Desgleichen (auch ohne Krieg) die Sachen solcher Fremden, die einem Volke angehören, mit dem Rom in keinem Vertragsverhältnis steht. Obwohl an diesen Sachen, z. B. Waren, Schiffen usw., ein Eigentum der fremden Volksgenossen nach ihrem Volksrecht besteht, so gilt dies doch wegen der Schutz- und Rechtlosigkeit der Fremden, von der das Altertum ausgeht, hierlands nicht. Daher stehen diese Sachen auf römischem Gebiet den herrenlosen gleich und unterliegen somit der Okkupation. Dasselbe gilt auf der Seite des anderen Volkes auch gegen die Römer. Kommen solche Sachen wieder in die Gewalt des fremden Volkes zurück, so lebt *iure postliminii* das frühere Eigentum immer wieder auf (§ 33).

Von der bis jetzt betrachteten privatrechtlichen Okkupation ist verschieden die *occupatio bellica.* Diese ist ein Staatsakt. Durch Sieg und Eroberung fällt der überwundene Feind samt allem seinem Gut, beweglichem und unbeweglichem, in das Recht des siegenden Staates. Privateigentum entsteht an dem eroberten Gut erst dadurch, daß der Staat solche Objekte, z. B. Beutestücke an seine Bürger entgeltlich oder unentgeltlich überläßt. Werden diese Sachen vom Feinde zurückerobert, so lebt das frühere Eigentum in der Regel nicht wieder auf. Nur ausnahmsweise gilt bei gewissen Sachen das *ius postliminii,* so bei Grundstücken, Sklaven u. a.

§ 47.

Verbindung und Vermischung.

Gai. II, 70—78; §§ 20—24, 27—34. J. *d. R. D.* II, 1.

Jedes Eigentum setzt eine selbständige Sache voraus. Wenn nun mehrere selbständige Sachen in eine solche Verbindung treten, daß sie von jetzt an eine Sache bilden, so muß dies notwendig auf das an ihnen bisher bestehende Eigentum seinen Einfluß äußern. Da jetzt nur eine Sache vorhanden ist, kann auch nur ein Eigentum an dieser bestehen. Ob dieses Eigentum einem der früheren Eigentümer allein oder diesen zusammen zusteht, hängt davon ab, ob der Hinzutritt der einen Sache zur andern als Akzession oder als Koordination erscheint.

I. Die Verbindung, welche als Akzession bezeichnet wird, besteht darin, daß eine bisher selbständige Sache bloßer Bestandteil einer anderen Sache wird. Da erstere jetzt als selbständige Sache nicht mehr besteht, sondern nur Teil der letzteren Sache ist, so muß sich das an dieser bestehende Eigentum notwendig auch auf die Akzession erstrecken. So wie die Hauptsache die Akzession, so hat das Eigentum an ersterer das an letzterer absorbiert. Entsprechend der Vergrößerung, welche die Hauptsache durch die Akzession erfährt, erfährt auch das Eigentum objektiv eine Erweiterung. Insofern spricht man von einem Eigentumserwerb, während man eigentlich nur von einer Sachvergrößerung sprechen sollte. Die Akzession begründet originären Eigentumserwerb, da die Erstreckung des Eigentums auf sie davon ganz unabhängig ist, wem die *res accessoria* vorher gehört hat. Solche Akzession kann bei Grundstücken und bei beweglichen Sachen vorkommen.

A. Bei Grundstücken kommen folgende Akzessionsfälle in Betracht:

1. Die *satio* und *plantatio*. Saatkörner werden schon durch die Aussaat, Pflanzen die auf einem Grundstück ausgesetzt werden erst dadurch Bestandteile des Grundstückes, daß sie Wurzel fassen. Als Bestandteile des Grundstückes fallen sie in das Eigentum des Grundeigentümers, die *satio* und *plantatio* mag von wem immer vorgenommen worden sein. Sie bleiben in dessen Eigentum auch nach ihrer späteren Lostrennung.

2. Die *inaedificatio*. Das Bauwerk wird Bestandteil des Grundstückes *(superficies solo cedit)*, wenn es mit demselben fest verbunden und nicht bloß vorübergehender Zwecke wegen errichtet ist (wie z. B. Tribünen, anläßlich eines Festzuges). Es gehört notwendig dem Grundeigentümer, es mag von ihm selbst oder von einem Dritten, aus eigenen oder fremden Materialien errichtet sein. Eigentümer der einzelnen Baumaterialien wird aber dadurch der Grundeigentümer nicht, diese bleiben vielmehr im Eigentume dessen, dem sie früher gehörten. Doch kann dieser zufolge der XII Tafeln ihre Ausscheidung aus dem Gebäude nicht verlangen, sondern sie erst dann vindizieren,

wenn das Gebäude sonst zerstört ist. Dafür geben ihm die XII Tafeln die *actio de tigno iuncto* gegen den (dolosen) Bauführer auf das *duplum* des Wertes der Materialien.

3. Bei Grundstücken, die unmittelbar durch einen öffentlichen Fluß begrenzt sind, erfolgt eine Vergrößerung des Grundstückes und demgemäß ein Nachrücken des Grundeigentums durch *alluvio* und *avulsio*. Erstere ist die unmerkliche, letztere die merkliche Anschwemmung, die dadurch eintritt, daß der Fluß ein weiter oben abgerissenes Stück Erdreich *(avulsum)* an ein unten gelegenes Grundstück anschwemmt, mit dem es verwächst. In größerem Maßstabe tritt eine Akzession ein, im Falle des *alveus derelictus*. Verändert nämlich der Fluß sein Bett, so fällt das verlassene Flußbett den Anliegern auf beiden Seiten des Flußbettes als Akzession zu (wird daher nicht herrenlos und Okkupationsobjekt), und zwar auf beiden Seiten bis zur Mitte des Flußbettes. Die Grenze des Grundstückes ist nämlich durch die Veränderung des Laufes jetzt weggefallen, folgeweise nimmt man an, daß sich jetzt die Grundstücke ungehindert in das frühere Flußbett hinein erstrecken. Da dies auf beiden Seiten geschieht, so muß es in der Mitte des Flußbettes sein Ende erreichen. Das gleiche gilt dann, wenn sich im öffentlichen Fluß durch Erhebung des Flußbettes eine Insel bildet *(insula in flumine nata)*. Auch diese fällt als Akzession den Anliegern beider Ufer zu, wenn sie in der Mitte des Flusses liegt, sonst nur den Anliegern der Uferseite, an der sie liegt. Alle diese Erweiterungen des Grundeigentums gelten nur bei *agri arcifinii*, nicht bei *agri divisi et assignati (limitati)*, da diese nicht durch den Fluß, sondern durch feste geometrische Linien begrenzt sind (§ 39). Alle diese Erweiterungen treten endlich von selbst *iure accessionis* ein und setzen eine Handlung des Erwerbers (Okkupation u. dgl.) nicht voraus.

B. Bei beweglichen Sachen sind von Akzessionsfällen hervorzuheben:

1. Die *textura* (eingewebte, eingewirkte, eingestickte Fäden), *scriptura* (Schrift) und *pictura* (Malerei). Mögen bei der *textura* die Fäden, bei der *scriptura* der Schreibstoff (Goldtinte) oder der Inhalt noch so wertvoll sein, immer fallen *textura* und *scriptura* als Akzession dem Eigentümer des Stoffes (Tuches, Papiers, Pergaments) zu, mit dem sie verbunden worden sind. Streit herrschte betreffs der *pictura*. Justinian entschied ihn dahin, daß der Maler Eigentümer der Tafel oder der Leinwand werde, *ridiculum enim est picturam Apellis vel Parhasii vilissimae tabulae cedere.*

2. Die *ferruminatio* und *adplumbatio (plumbatura)*. Erstere besteht darin, daß behufs Ergänzung eines Kunstganzen (z. B. einer Statue, eines Bechers) mit demselben eine Sache als Ersatzstück derart fest verbunden wird, daß das ganze äußerlich als ein einheitliches Objekt *(unitum)* erscheint (wie z. B. Ergänzung einer schadhaften Bronzestatue durch derart festes Anheften eines dem Material nach gleichartigen Armes, daß jede Fuge, *commissura*,

möglichst verdeckt wird*). Dadurch wird das Zusatzstück von der Hauptsache (Statue u. dgl.) vollständig absorbiert (*unitate maioris partis consumitur*), gilt nur mehr als Teil derselben, so daß auch im Falle der Lostrennung das vor der Verbindung daran bestandene Eigentum nicht wieder auflebt (ähnlich dem Fall der *plantatio*). Verschieden davon ist die *adplumbatio* (Verbindung durch Bleiklammern, Bleiguß u. dgl.). Diese ist keine so innige und läßt die Sache schon äußerlich als *compositum* erscheinen. Auch hier erstreckt sich das Eigentum der Hauptsache auf die durch *plumbatura* hinzugetretene Akzession; wenn diese aber später wieder losgetrennt wird, so lebt das früher bestandene Eigentum wieder auf. Nach diesen Gesichtspunkten wurde überhaupt jede Akzession zu beweglichen Sachen, die nicht auf *feruminatio* beruht, behandelt z. B. das Verhältnis der *gemma*, des Edelsteins zu dem Ring, in den sie gefaßt sind.

II. Die als Koordination bezeichnete Verbindung ist die *confusio* zweier Sachen. Sie besteht darin, daß die Sachen miteinander vermischt, verschmolzen werden usw. Die eine Sache absorbiert hier nicht die andere, sie durchdringen sich gegenseitig und bilden beide zusammen das größere Quantum. Beispiele: Verschmelzung mehrerer Silbermassen, Vermischung mehrerer Weinquanten usw. Ist diese Verbindung eine unscheidbare, so entsteht für die verschiedenen Eigentümer kraft der Verbindung Miteigentum nach Verhältnis des jedem gehörig gewesenen Quantums bezw. des Wertes. Verschieden von der *confusio* ist die *commixtio:* die Vermengung, z. B. von Obst, Getreide usw. Dadurch wird keine Eigentumsänderung bewirkt, jeder bleibt hier Eigentümer seiner Stücke, nur wird ihm eine Vindikation dessen gewährt *quantum paret in illo acero suum esse.* Etwas Besonderes gilt bei Geldstücken. Werden nämlich fremde Geldstücke mit unseren so vermengt, *ut discerni non possunt*, so werden wir Eigentümer dieser *nummi*, schulden aber sofort den gleichen Betrag.

Bisher hatten wir nur die Eigentumsfragen vor Augen. Durch die geschilderte Behandlung derselben wird aber etwaigen Ersatzansprüchen dessen, der sein Eigentum verliert, nicht präjudiziert. Ob ein solcher nur obligatorischer Ersatzanspruch vorliegt, hängt davon ab, ob mit der Eigentumsänderung ein obligatorischer Verpflichtungsgrund koinzidiert, wie z. B. im Falle der Geldstücke die grundlose Bereicherung. Keineswegs muß aber eine solche obligatorische Ersatzpflicht unserem Eigentumserwerb immer entsprechen.

Das Gegenstück der Verbindung ist die Zerlegung der Sache in mehrere Stücke. Dadurch werden aus der bisher einen Sache mehrere jetzt selbständige Sachen. Jedes Stück steht jetzt in einem selbständigen Eigentum, das aber gleichwohl nur als Fortsetzung des früheren erscheint. Der

---

*) *Ferruminatio* ist auch das sog. Anschweißen eines Metallstückes, das die Technik der Alten nur betreffs des Eisens kannte.

Eigentümer des Grundstückes ist Eigentümer des gefällten Baumes, der Eigentümer des zerbrochenen Gefäßes Eigentümer der Scherben usw., dagegen der Eigentümer des Gebäudes nicht notwendig Eigentümer der Trümmerstücke, der Bausteine usw. S. 95, *A.* 2).

§ 48.

Der Schatzerwerb.

l. 31, § 1. D. *d. A. R. D.* XLI, 1; § 39. J. *de R. D.* II, 1.

Unter dem Schatz (*thesaurus*) versteht man Sachen von Wert, die durch lange Zeit verborgen gelegen sind, so daß ihr Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist. Die den Schatz betreffenden Rechtssätze gehören erst der Kaiserzeit an. Bis auf Hadrian fiel der Schatz an den Fiskus. Durch eine Verordnung Hadrians wurde er zur Hälfte dem Grundeigentümer, zur Hälfte dem Finder zugewiesen. Beide werden Miteigentümer. Ist der Finder zugleich Eigentümer des Grundstückes, in dem er den Schatz gefunden, so gehört ihm der Schatz allein. Zwar wurden diese Bestimmungen später öfter geändert, aber dann von Justinian im Wesen wieder hergestellt.

§ 49.

Der Fruchterwerb.

l. 25. pr. § 1. D. *de usur. et fruct* XXII, 1; l. 22. C. *de R. V.* III, 32; §§ 19, 36. J. *de R. D.* II, 1.

Die *fructus pendentes* sind keine selbständigen Sachen, sondern nur Teile der Hauptsache (§ 39, S. 78). Selbständige Sachen werden die Früchte erst durch die Trennung von der Hauptsache (Separation), u. zw. steht das Eigentum an ihnen wieder dem Hauptsacheeigentümer zu, nur mit dem Unterschiede, daß dieser jetzt an den selbständig gewordenen Früchten auch ein selbständiges Eigentum hat. Doch ist dieses trotzdem nur eine Fortsetzung des an ihnen als Akzessionen der Hauptsache bestandenen Eigentums. In diesem Falle liegt daher ein Eigentumserwerb eigentlich nicht vor, der Hauptsacheeigentümer bleibt Eigentümer der jetzt separierten Früchte. Dagegen tritt ein wahrer Eigentumserwerb durch Separation dann ein, wenn an der Hauptsache eine Emphytheusis (§ 68) oder eine *bonae fidei possessio* besteht, denn dann fallen die Früchte mit ihrer Separation nicht an den Eigentümer der fruchttragenden Sache, sondern an den Emphyteuta bezw. an den *bonae fidei possessor*, welche daran neues Eigentum, u. zw. originär erwerben. Doch muß der *bonae fidei possessor* nach Justinianischem Recht dann, wenn der Eigentümer von ihm die Hauptsache vindiziert, die zur Zeit des Prozeßbeginns (der Litiskonstetation) noch nicht konsumierten Früchte (die *fructus extantes*) an diesen herausgeben (§ 57). Sein Eigentumserwerb ist hier

mit einer obligatorischen Restitutionspflicht verknüpft, welche jedoch durch die *bona fide* erfolgte Konsumtion der Früchte hinfällig wird.

Gleichfalls originär, aber nicht durch Separation, sondern erst durch Perzeption, d. i. durch Besitzergreifung (z. B. durch das Mähen, Abnehmen, Auflesen usw.), erwirbt Eigentum an den Früchten der Usufruktuar der Hauptsache (§ 62).

§ 50.

Die Spezifikation.

Gai. II, 79; § 25. J. *de R. D.* II, 1; l. 7, § 7. D. *d. A. R. D.* XLI, 1.

Verarbeitet der Eigentümer einer Sache selbe zu einer neuen Sache *(nova species)*, so wird an dem bestehenden Eigentumsrecht nichts geändert. Der Eigentümer des von ihm verarbeiteten Stoffes bleibt auch Eigentümer der neuen Sache. Ein Eigentumswechsel, bezw. Erwerb, wird durch Verarbeitung nur dann bewirkt, wenn sie von einem Nichteigentümer vorgenommen wird, dieser mit anderen Worten aus unserer Sache (Stoff) eine neue Sache macht. Das ist der Fall der sog. Spezifikation.

Die Sabinianer sprachen auch in diesem Falle das neue Produkt wieder dem Stoffeigentümer zu, *quia sine materia nulla species effici potest.* Nach ihrer Ansicht bewirkte somit die Spezifikation keinen Eigentumserwerb. Die Prokulianer dagegen lehrten, daß in solchem Falle der Spezifikant stets Eigentümer der neuen Sache werde, *quia quod factum est antea nullius fuit.* Die Spezifikation durch den Nichteigentümer begründet daher nach dieser Lehre immer einen Eigentumserwerb u. zw. einen originären, da der Spezifikant unabhängig vom Recht eines Auktors als Produzent Eigentümer seines Produktes wird.

Später bildete sich eine Mittelmeinung, die dann auch ins Justinianische Recht aufgenommen wurde. Dieselbe beruht auf einer Kombination beider früheren Ansichten und unterscheidet: ob das vom Nichteigentümer erzeugte neue Produkt auf die frühere Gestalt des Stoffes zurückgeführt werden kann oder nicht. Ist dies möglich, so bleibt auch hier der Stoffeigentümer Eigentümer seines Stoffes in der neuen Gestalt d. i. des Produkts (Sabinianisches Prinzip). Ist das dagegen nicht möglich, so wird der Spezifikant Eigentümer der von ihm hergestellten neuen Sache (Prokulianisches Prinzip), vorausgesetzt, daß er bei der Produktion *bona fide* gewesen ist, d. h. nicht wußte, daß er fremdes Material verarbeite. Ist die neue Sache endlich nicht bloß aus fremden Stoff sondern zum Teil auch aus eigenem Stoff des Spezifikanten erzeugt, so kommt es auf die Zurückführbarkeit gar nicht an, d. h. der Spezifikant, welcher *bona fide* die neue Sache herstellt, wird hier immer (selbst im Fall der Rückführbarkeit der neuen Sache auf die frühere Gestalt) Eigentümer der *nova species.* Beispiele nicht rückführbarer Verarbeitung sind:

Holzschnitzereien, Bereitung von Leder aus Häuten usw.; rückführbarer Verarbeitung: die meisten Metallarbeiten.

Auch bei der Spezifikation ist von der Frage des Eigentumserwerbs die nach der obligatorischen Ersatzpflicht getrennt zu halten. Auch für sie ist das maßgebend, was am Schluß des § 46 angedeutet worden ist.

§ 51.

Eigentumsübertragung: die *mancipatio.*

Gai. I, 119, 121; Ulp. XIX, 3, 4.

Die Manzipation ist ein Formalgeschäft u. zw. der feierliche Kauf des alten Rechts.*) Vermöge ihrer Kaufgestalt hat sie eine weitreichende Anwendung, sie bezieht sich auf Personen, Vermögensbestandteile und ganze Vermögen. Von den einzelnen Vermögensbestandteilen sind nur die *res mancipi* Objekte dieses Geschäftes (§ 39). Insbesondere konnte durch die Manzipation an Sachen dieser Art Eigentum übertragen bezw. erworben werden. Deshalb haben wir hier von ihr zu handeln.

I. Im klassischen Recht tritt uns die Manzipation als *imaginaria venditio* entgegen. Sie ist hier nicht mehr ein wirklicher Kauf, sondern nur noch das Abbild des alten Kaufes. Der Vorgang bei ihr ist folgender:

1. Notwendig ist die gleichzeitige Anwesenheit von fünf Zeugen und eines *libripens,* der eine eherne Wage hält. Alle diese Solennitätspersonen müssen *cives Romani* (oder *Latini*) *puberes masculi* und um ihre Mitwirkung ersucht *(rogati)* sein.

2. In Anwesenheit dieser Solennitätspersonen wird jetzt der Manzipationsakt zwischen Erwerber und Veräußerer (die beide auch das zivile *commercium* haben müssen, § 29) vorgenommen. Der Form nach ist ersterer „Käufer", letzterer „Verkäufer". Der „Käufer" ergreift die Sache, indem er hiebei die solennen Worte *(nuncupatio)* spricht: *Hanc rem ex I. Q. meam esse aio, eaque mihi empta esto hoc aere aeneaque libra,* schlägt sofort mit einem Stückchen Erz *(rauduscnlum)* an die vom *libripens* gehaltene Wage und übergibt dies *pretii loco* dem „Verkäufer" (Manzipanten). Wurde ein Grundstück manzipiert, so konnte die Manzipation auch in Abwesenheit von demselben vorgenommen werden. Natürlich mußte dann das Ojekt in der *nuncupatio* möglichst genau bezeichnet werden.

Hiemit ist der Akt vollendet. Der Veräußerer spricht hiebei nichts, sondern nur der Erwerber. In die *nuncupatio* konnten manche Zusätze aufgenommen werden, welche, entsprechend der vorhergegangenen formlosen Übereinkunft, Inhalt und Umfang des Erwerbes näher bestimmten, so Angaben über Grenzen, Größe und Beschaffenheit der Sache (z. B. *fundus uti optimus maximus est*), ganz besonders aber eine etwaige *deductio servitutis*

*) Bechmann, Geschichte des Kaufs im römischen Recht, 1876, S. 68 fg.

zu Gunsten des Veräußerers (— *meam esse aio deducto usufructu eaque* usw.). Alles was in die *nuncupatio* aufgenommen war, hatte vermöge der Bestimmung der XII Tafeln: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto,* als Bestandteil der *mancipatio* volle Rechtskraft. Nebenberedungen anderer Art, welche bloß persönliche Verpflichtungen der einen oder anderen Partei bezweckten, fanden in der *nuncupatio* keinen Platz, sie standen außerhalb derselben, waren daher auch nicht Bestandteil des Manzipationsaktes und hatten nur die Rechtswirkung, die ihnen nach Inhalt und Form der Beredung zukam (§§ 69, 81).

In klassischer Zeit war die Ausfertigung von Manzipationsurkunden sehr gewöhnlich, doch gehörte sie niemals zur Form der Manzipation, sondern verfolgte nur Beweiszwecke. Für den Rechtsbestand der Manzipation waren solche Urkunden stets unwesentlich. Beispiele bei Bruns. p. 329*) sq.

II. Die geschilderte Gestalt der Manzipation weist als Abbild auf ein Urbild, den alten Kauf bei dem die Zahlung des Preises mangels geprägten Geldes durch Zuwägen von Erz vollzogen wurde. In dieser Zeit war die wirkliche Zahlung des Preises — das Zuwägen von Erz — ein Stück der Manzipation selbst. Diese war der Barkauf des alten Rechts; die *nuncupatio* enthielt außer anderem wohl auch die Angabe des Preises, der sofort durch den „unparteiischen" *libripens* ab- und zugewogen wurde. Mit dem Aufkommen gemünzten Geldes**) fiel begreiflicherweise die Zahlung der in der *nuncupatio* als Preis jetzt genannten Geldsumme außerhalb des Rahmens der *mancipatio.* Zwar kommt auch jetzt noch Zuwägen von Erz vor, allein doch nur als Hingabe des *rauduscului,* daher nicht mehr als wirkliche Zahlung, sondern nur noch als Abbild der alten realen Zahlung. Diese Änderung bestand bereits zur Zeit der XII Tafeln, deshalb bestimmten sie, daß die Rechtswirkung der *mancipatio:* der Eigentumsübergang, erst eintrete, wenn auch der Kaufpreis wirklich gezahlt oder sichergestellt ist. Diese Bestimmung, welche bei der alten Gestalt der *mancipatio* keinen Sinn gehabt hätte, ist erklärlich, sobald die Zahlung aufgehört hat, Bestandteil des Manzipationsaktes selbst zu sein.

Sobald die Manzipation nicht mehr wirklicher Barkauf war, konnte sie auch mit einem Scheinpreis *(nummo uno)* geschlossen werden. In dieser Gestalt brauchte ihr ein wirklicher Kauf gar nicht mehr zugrunde zu liegen. So konnte sie auch zur Realisierung anderer Geschäfte und

*) Außer den Namen der Parteien enthalten diese Urkunden auch die Namen des *libripens* und des sog. *antestatus.* Die Bedeutung des letzteren ist ungewiß; vielleicht war er der Vormann unter den Zeugen, vielleicht ein außerhalb der Zeugen Stehender, der seitens des Erwerbers als Gedenkmann noch besonders zugezogen worden ist. Über die äußere Ausstattung dieser Urkunde vgl. Mitteis, S. 297 fg.

**) Die Anfänge desselben gehen in die Zeit der Dezemviren zurück. Schon die XII Tafeln kennen wohl bereits *aes signatum,* gemünzte Kupferpfunde; seit dem Jahre 486 d. St. (268 v. Chr.) wurde vom römischen Staat Silber gemünzt (Denare, Quinare, Sesterzen = 10, 5, $2^1/_2$ *asses*).

Zwecke, z. B. behufs Vollzugs einer Schenkung, einer Dosbestellung usw., verwendet werden. Sollte Jemandem z. B. eine Sache geschenkt werden, so kaufte er sie nominell in der Form der Manzipation *sestertio nummo uno* (HS *nummo* I), den er sofort erlegte. Dies war der Rechtszustand, den Gaius schildert. Dadurch wurde die Manzipation von ihrer ursprünglichen materiellen Grundlage insofern losgelöst, als sie jetzt nicht mehr bloß auf der Basis des Kaufes, sondern auch auf der anderer Geschäfte vorgenommen werden konnte. Die Kaufgestalt der *mancipatio,* die sie auch jetzt behielt, war zur bloßen Rechtsform der Eigentumsübertragung geworden, weshalb der ganze Akt als *imaginaria venditio* bezeichnet wurde. Als imaginärer Kauf konnte sie nicht bloß *venditionis,* sondern auch *donationis, dotis,* ja selbst auch *fiduciae causa* (auf Grund der Abrede eines Treuhänderverhältnisses, von dem im § 68 die Rede sein wird) vorgenommen werden. Auch die vom Kauf verschiedene *causa* konnte in die *nuncupatio* aufgenommen werden. *(Aio hanc rem ex I. Q. meam esse, eaque mihi emta esto H. S. nummo I. donationis causa [fidi fiduciae causa] hoc aere aeneaque libra.)*

III. Die Wirkung der *mancipatio* war für den „Käufer": Erwerb des quiritischen Eigentums, vorausgesetzt, daß der „Verkäufer" (Auktor) quiritischer Eigentümer war, denn die Manzipation ist eine derivative Eigentumserwerbsart. Die Zahlung des Preises war bei der *mancipatio nummo uno* natürlich bedeutungslos, sie blieb materielle Voraussetzung des Eigentumserwerbes nur bei der *mancipatio ex causa venditionis.* Den Besitzerwerb begründet in klassischer Zeit die *mancipatio* an sich nicht, vielmehr wird der Erwerber anläßlich der *mancipatio* nur dann Besitzer, wenn neben der Manzipation auch noch die Voraussetzungen des Besitzerwerbes vorliegen. Keinesfalls setzt der Eigentumserwerb durch *mancipatio* den Besitzerwerb voraus.

§ 52.

Eigentumsübertragung: die *in iure cessio.*

Gai. II, 24. 25; Ulp. XIX, 9—11.

Daß ein Scheinprozeß als Rechtsgeschäftsform verwendet wird, haben wir bereits bei der *manumissio vindicta* (§ 28) gesehen. Dies steht nicht vereinzelt da, denn auch in anderen Fällen wurden Rechtsgeschäfte, u. zw. Übertragungsgeschäfte, in prozessuale Formen, u. zw. in die der *vindicatio* des alten Rechtes, gekleidet. Die Scheinvindikation als Übertragungsgeschäft mit anderen Worten als Form des Übertragungsvertrages ist die *in iure cessio.* Ein Hauptfall derselben ist die Eigentumsübertragung durch *in iure cessio.**)

A. Jede Sache, die Objekt der *vindicatio ex I. Q.* sein kann, kann auch Objekt der *in iure cessio* sein, sowohl *res mancipi* als auch *res nec mancipi.*

*) Demelius, die confessio in iure. S. 98 fg. Sie ist gewiß jünger als die *mancipatio,* aber doch schon in den XII Tafeln bekräftigt. Mitteis, S. 276 fg.

B. Als Scheinvindikation kann die *in iure cessio* nur vor dem Magistrat (Prätor oder Provinzialstatthalter) vorgenommen werden und setzt außer Anwesenheit beider Parteien, des Erwerbers und Veräußerers, (welche das zivile *commercium* haben müssen), auch noch die Anwesenheit der Sache oder eines Stückes derselben voraus. Das Ritual ist das der alten Vindikation. Der Erwerber erklärt seinen Erwerbswillen dadurch, daß er als Kläger (Vindikant) auftritt, die Sache ergreift (das *festucam imponere* erwähnt hier Gaius nicht) und dabei die solennen Worte spricht: *hanc ego rem ex I. Q. meam esse aio,* während der Veräußerer seinen (korrespondierenden) Übertragungswillen dadurch manifestiert, daß er als Prozeßgegner auf die Frage des Magistrates: *an contra vindicet?* die *contravindicatio* unterläßt. Dadurch gibt er die Sache zu Gunsten des Vindikanten auf. Daraufhin addiziert der Magistrat dem ersteren die Sache, d. h. konstatiert, daß Alles in legaler Form vor sich gegangen sei, und gestattet ihm die Sache (falls sie beweglich ist) mit sich zu nehmen. Hiemit ist der Akt vollendet und der Vindikant Eigentümer geworden, vorausgesetzt, daß es der Veräußerer (Auktor) war, da nur unter dieser Voraussetzung das Aufgeben der Sache seitens des letzteren eine Rechtsübertragung bewirken kann. Auch die *in iure cessio* ist somit eine derivative Erwerbsart, und zwar des quiritischen Eigentums.

C In der geschilderten prozessualen Form konnten die verschiedensten Veräußerungsgeschäfte, als da sind: Kauf, Schenkung, Dosbestellung u. a. vollzogen werden. Auch bloß *fiduciae causa* (§ 69) konnte die *in iure cessio* vorgenommen werden. Ob das materielle Geschäft, das dem Formalakt zu Grunde lag, in demselben genannt werden konnte muß dahingestellt bleiben *(vindicatio adiecta causa);* bei der *causa fiduciae* war es vielleicht sogar notwendig um die Eigentumsübertragung sofort als bloß formale zu charakterisieren (§ 69).

Außer zur Eigentumsübertragung kommt die *in iure cessio* vor zum Zweck der Bestellung und Aufhebung von Servituten (§§ 63, 64) ferner zum Zweck der Adoption (§ 115), der Übertragung der *tutela legitima mulieris* (§ 122), endlich der Übertragung einer *hereditas* (§ 144). Der Form nach stimmt im Wesen auch die *manumissio vindicta* mit ihr überein, während sie materiell nur ein einseitiges Rechtsgeschäft ist (§ 28).

Ins Justinianische Recht hat die *in iure cessio* keine Aufnahme gefunden.

§ 53.

Eigentumsübertragung: die Traditio.

Gai. II, 19, 20, 65; l. 31. pr. D. *d. A. R. D.* XLI, 1; l. 20 C. *de pact.* II, 3.

Durch bloßen auf Eigentumsübertragung gerichteten Vertrag *(nudum pactum)* wird nach römischem Recht kein Eigentum übertragen, sondern nur durch Manzipation, *in iure cessio* oder Traditio.

Tradition ist an sich jede Übergabe einer Sache. Nicht jede solche bewirkt aber auch schon Eigentumsübertragung. Wer eine Sache als Depositum, als Kommodat, auf Grund einer Miete usw. übergibt, überträgt dadurch kein Eigentum, weil er den Willen, Eigentum zu übertragen, gar nicht hat. Eigentumsübertragung ist nur die Übertragung, welche behufs Vollzugs eines Veräußerungsgeschäftes, das als solches den Eigentumsübertragungswillen in sich schließt, erfolgt. Wer verkaufsweise, schenkungsweise usw. übergibt, der macht den Empfänger, dessen Erwerbswillen vorausgesetzt, dadurch zum juristischen Besitzer (Eigenbesitzer), und wenn er (Tradent) Eigentümer der Sache ist (oder z. B. als Vormund, Pfandgläubiger über das Eigentum eines Anderen verfügen kann) auch zugleich zum Eigentümer derselben. Die Tradition begründet daher auch nur derivativen Eigentumserwerb. Diese auf Eigentumsübertragung gerichtete Tradition ist kein für sich bestehendes Geschäft wie die Manzipation und *in iure cessio*, sondern nur der natürliche reale Vollzug eines Veräußerungsgeschäftes der sog. *iusta causa traditionis*. Während Manzipation und *in iure cessio* ohne Bezugnahme auf diese *causa* (die sicher bei der Manzipation zwar hervortreten kann, aber keineswegs muß, §§ 51, 52) den Eigentumsübergang bewirken, begründet die Tradition denselben nur in Verbindung mit der *causa*, d. h. im ganzen Zusammenhang des Veräußerungsgeschäftes, als dessen Vollzug sie erscheint. Es gibt nach römischem Recht zwar eine abstrakte Manzipation und eine abstrakte (von der *causa* absehende) *in iure cessio* (§ 52), aber keine abstrakte Tradition.

Gewöhnlich ist der Vorgang bei der Tradition der, daß das Veräußerungsgeschäft nur in der veräußerungsweise vorgenommenen Tradition besteht. Jemand übergibt eine Sache *donationis causa*, oder *venditionis causa* gegen sofortige Zahlung des Preises usw.; er schenkt in solchem Falle einfach durch Übergabe (z. B. des Geburtstagsgeschenkes), verkauft durch Übergabe gegen Barzahlung (z. B. der Krämer im offenen Laden) usw. Kaum weniger häufig werden aber die Fälle sein, wo der Tradition eine auf Eigentumsübertragung gerichtete persönliche Verpflichtung vorausgeht, als deren Erfüllung dann erst die später erfolgende Tradition erscheint. Jemand schenkt der Art, daß er einem Anderen eine Sache *animo donandi* rechtsgiltig verspricht, bestellt in gleicher Weise ein Heiratsgut durch *promissio* (§ 110) usw.; die Übergabe des Versprochenen erfolgt erst später. Dann liegt das durch die Tradition vollzogene Veräußerungsgeschäft nicht mehr in der Schenkung, Dosbestellung usw. (denn diese *causa* ist bereits realisiert durch die *promissio*), sondern nur in der Erfüllung, mit a. W. in der *solutio*. Diese allein ist hier die *iusta causa traditionis*. Bloß beim Kauf gilt auch in solchem Falle die später erfolgende Tradition nicht als *ex causa solutionis*, sondern als *ex causa venditionis (emtionis)* geschehen (§ 86). Weiter gilt bei dieser *causa* (Kauf) überhaupt noch die Be-

sonderheit, daß auch die kaufsweise Tradition, wie die kaufsweise Manzipation (§ 51) den Käufer nur dann zum Eigentümer macht, wenn der Kaufpreis gezahlt, sichergestellt oder kreditiert worden ist.

Die Tradition ist vollendet, sobald der Erwerber mit dem Willen des zur Eigentumsübertragung befähigten Tradenten juristischer Besitzer u. z. Eigenbesitzer der Sache geworden ist. Insbesondere reichen auch hier *brevi manu traditio* und *constitutum possessorium* hin (§ 42). Der Eigentumserwerb durch Tradition setzt den Besitzerwerb voraus.

Die Tradition war nach *ius civile*, soweit unsere Kenntnis reicht, von jeher eine Erwerbsart des quiritischen Eigentums an *res nec mancipi*. Zwar war auch *in iure cessio* dieser Sachen möglich (§ 52), aber der größeren Umständlichkeit wegen in Konkurrenz mit der einfachen Tradition gewiß selten. An *res mancipi* begründete die Tradition nur bonitarisches Eigentum (§ 44). Im Justinianischen Recht hat die Tradition das weite durch Beseitigung der Manzipation und *in iure cessio* frei gewordene Gebiet eingenommen. Sie erzeugt hier das Eigentum des Justinianischen Rechtes.

§ 54.

Eigentumsübertragung: die Adjudikation.

Ulp. XIX, 16.

Das richterliche Urteil bewirkt in der Regel keinen Eigentumserwerb. Wenn der Richter auf Grund einer Eigentumsklage zu Gunsten des Klägers entscheidet, so macht er diesen dadurch nicht zum Eigentümer, sondern stellt nur fest, daß der Kläger bereits Eigentümer sei. Das richterliche Urteil ist somit in diesem Falle nicht konstitutiv, sondern nur deklarativ. Konstitutiv, und zwar eigentumsbegründend, ist das Urteil nur in den Teilungsprozessen. Steht z. B. eine Sache im Miteigentum Mehrerer, so kann Jeder von diesen Teilung, d. i. Aufhebung der Gemeinschaft verlangen.

Solche Teilung, welche nur durch eine Rechtsänderung bewirkt werden kann, kann zunächst einverständlich durch Vertrag aller Miteigentümer bewerkstelligt werden, z. B. in der Weise, daß sie die Sache in mehrere Stücke zerlegen und jedes einem der bisherigen Miteigentümer als Alleineigentum zuweisen, oder so, daß einer von ihnen die ganze Sache allein gegen entsprechende Abfindung der Übrigen übernimmt usw. Jeder solche Teilungsvertrag wird aber die beabsichtigte Aufhebung des Miteigentums (d. h. die Eigentumsänderung) nur dann herbeiführen, wenn er durch Manzipation, Tradition usw. der bezüglichen Eigentumsanteile vollzogen wird. Denn da die ganze Sache, wie jedes Stück derselben, allen Miteigentümern zusammen gehört, so kann im Wege des Vertrages ein Alleineigentum, sei es eines Stückes, sei es der ganzen Sache, für den bisherigen Miteigentümer

nur dadurch geschaffen werden, daß ihm die Übrigen ihre Miteigentumsanteile übertragen, also manzipieren, *in iure* zedieren oder tradieren.

Die Teilung kann aber auch ohne Vertrag von jedem einzelnen Miteigentümer gegen den Willen aller Übrigen durch Anstellung der *actio communi dividundo* erzwungen werden. Diese Klage führt zum Teilungsprozeß, in welchem der Richter die Teilung durch Urteil vornimmt. Auch dies kann in verschiedener Weise geschehen, namentlich auch wieder so, daß der Richter:

1. Die Sache falls sie teilbar (§ 39) ist, in mehrere Stücke zerlegt und jedem Miteigentümer eines dieser Stücke als Alleineigentum zuspricht; oder so,

2. daß er die Sache nicht zerlegt, sondern ganz und ungeteilt Einem der Miteigentümer wieder als Alleineigentum zuspricht, indem er diesen zugleich zur Zahlung einer Abfindungssumme an die übrigen verurteilt.

Dieser richterliche Zuspruch in dem einen wie in dem anderen Falle ist die *adiudicatio*. Selbe bezweckt nicht Feststellung des bestehenden Miteigentums, sondern Eigentumsänderung behufs Aufhebung des Miteigentums. Sie ist daher konstitutiv, indem sie den bisherigen Miteigentümer zum Alleineigentümer des Stückes oder der ganzen Sache macht. Erzielt wird dies Resultat dadurch, daß der Richter durch sein Urteil die Eigentumsanteile der übrigen auf den einen Miteigentümer überträgt. Somit ist auch die *adiudicatio* eine derivative Eigentumserwerbsart, welche den Betreffenden nur dann und insoweit zum Eigentümer macht, wenn und insoweit die übrigen Prozeßparteien Miteigentum hatten. Besitzerwerb setzt der Eigentumserwerb durch *adiudicatio* nicht voraus.

Außer im *iudicium communi dividundo* kann eine *adiudicatio* nur noch im *iudicium familiae erciscundae* und im *iudicium finium regundorum* erfolgen.

§ 55.

Eigentumsübertragung: das Vermächtnis.

Ulp. XIX, 17.

Endlich kann eine Eigentumsübertragung auch noch dadurch bewirkt werden, daß der Eigentümer seine Sache Jemandem durch ein Vermächtnis zuwendet. Daraufhin wird dieser Vermächtnisnehmer durch Erwerb des Vermächtnisses Eigentümer der Sache. Sein Erwerb ist wieder ein derivativer, da er vom Eigentum seines Auktors, d. i. des Testators, abhängig ist. Er erfolgt *ipso iure* ohne Besitzerwerb. Das Nähere gehört ins Erbrecht (§§ 149, 151, 153.).

§ 56.

Die Ersitzung.

Gai. II, 41—61; *J. de usuc.* II, 6; l. 13. § 2 D. *de iureiur.* XII. 2; l. 1. 2. 12. C. *de praesc.* l. t. VII. 33; l. 8. C. *de praescr.* XXX. *ann.* VII, 39 (528); l. 1. C. *de usuc. trans.* VII, 31 (531). Ägypt. Urk. Nr. 267.

Die Ersitzung als Eigentumserwerbsart ist der Erwerb des Eigentums durch Fortsetzung des Besitzes während einer vom Recht bestimmten Zeit. Sie ist eine Ergänzung der übrigen Eigentumserwerbsarten. Hat Jemand eine Sache auf Grund eines Veräußerungsgeschäftes, jedoch ohne Beobachtung der erforderlichen Formen (eine *res mancipi* durch bloße Tradition), erworben, so wird er Eigentümer erst durch die Ersitzung. Desgleichen der, welcher eine Sache mit oder ohne Beobachtung der etwa vorgeschriebenen Form von Jemandem erwirbt, der selbst nicht Eigentümer ist (z. B. durch kaufsweise Tradition vom Nichteigentümer). Ebenso der, welcher eine Sache okkupiert, die vom Nichteigentümer derelinquiert ist usw. In allen diesen Fällen wird der rechtmäßige Erwerber nicht schon durch die Tradition, Okkupation usw., sondern erst dadurch Eigentümer, daß er auf seinen Erwerb hin die Sache während der Ersitzungszeit besitzt. Durch die Ersitzung wird somit der rechtlich begründete tatsächliche Zustand zum Rechtszustand, der Nichteigentümer zum Eigentümer, weshalb folgeweise der bisherige Eigentümer sein Eigentum verliert. Trotzdem sich somit die Ersitzung auf fremde Sachen bezieht, so ist sie doch keine derivative, sondern eine originäre Erwerbsart, weil der durch sie begründete Eigentumserwerb vom Rechte eines Auktors unabhängig ist. Deshalb hat die Ersitzung auch für den Bedeutung, der in den erwähnten Fällen durch die Erwerbshandlung selbst wirklich (objektiv) sofort Eigentümer geworden ist. Denn diese Wirkung setzt voraus, daß sein Auktor, beziehungsweise der Derelinquent, Eigentümer der Sache gewesen ist. Gerade darüber wird sich aber der Erwerber, selbst wenn er objektiv Eigentümer geworden ist, bei aller Vorsicht subjektiv gar nicht oder nur sehr schwer volle Gewißheit verschaffen können. Denn gewöhnlich wird dieser sein Vormann die Sache derivativ erworben haben, so daß sein Eigentum wieder vom Eigentum seines Auktors abhängt u. s. f. ins Unendliche, bis man in letzter Linie auf irgend eine originäre Erwerbsart käme. Diese ganze Reihe zu verfolgen wird aber meist ganz unmöglich sein. Bei dieser Sachlage wäre daher der Eigentümer, der sein Eigentum gerichtlich geltend macht, gar nicht in der Lage, den hiezu geforderten Beweis seines Eigentums zu erbringen, und würde infolge dessen trotz seines Rechtes unterliegen. Diese Ungewißheit und die sich daraus in Folge der Beweisschwierigkeiten ergebende Unsicherheit des Eigentums wird beseitigt durch die Ersitzung. Denn wer die Erfordernisse der Ersitzung für sich hat, ist schon deswegen Eigentümer und hat sein Eigentum bewiesen, wenn

er das Vorhandensein der Ersitzungserfordernisse nachweist. Insofern dient die Ersitzung auch zur Sicherung anderweitig erworbenen Eigentums.

I. Schon das alte römische Recht kennt eine Ersitzung des Eigentums, nämlich die *usucapio*. Diese ist eine Erwerbsart des quiritischen Eigentums. Sie ist als solche beschränkt auf *cives* und *Latini* und nur an solchen Sachen möglich, an denen quiritisches Eigentum vorkommen kann, nämlich an beweglichen Sachen und an *praedia in solo Italico* (§ 39, 44). Sie mag im Laufe der Zeit manche Änderungen erfahren haben, die Gestalt derselben zur Zeit der ausgebildeten klassischen Jurisprudenz war folgende:

A. Die *usucapio* setzt voraus juristischen Besitz der Sache, und zwar Besitz mit *animus domini* (Eigenbesitz, § 42). Daher können der Prekarist, Pfandgläubiger und Emphyteuta, obwohl sie Besitzesschutz genießen (§§ 42, 68, 69), die Sache nicht ersitzen. Um so weniger natürlich bloße Detentoren.

B. Dieser Besitz *animo domini* muß rechtlich entstanden sein, und zwar muß er *iusta causa* und *bona fide* erworben sein.

1. Die *iusta causa possessionis* oder der *iustus titulus*. Der Besitz muß auf solchen Tatsachen beruhen, die rechtlich Eigentumserwerbsgrund sind. Daß der Erwerber daraufhin nicht sofort Eigentümer geworden ist, hat nicht im Erwerbsgrund, sondern nur darin seinen Grund, daß es entweder an der zivilen Form der Eigentumsübertragung oder am Rechte des Auktors oder an beiden fehlt. Solche Titel sind vor allem die *iustae causae traditionis*. Wer die Sache kaufsweise *(pro emptore)*, schenkungsweise *(pro donato)*, als Dos *(pro dote)*, als Zahlung *(pro soluto)* tradiert erhält, der kann sie daraufhin, sofern er nicht gleich Eigentümer geworden ist, usukapieren. Weiter usukapiert man *pro adiudicato* die Sache, welche uns in dem mit einem Nichteigentumsberechtigten geführten Teilungsprozeß adjudiziert worden ist (§ 54), *pro legato* die uns vom Nichteigentümer vermachte Sache, *pro derelicto* die vom Nichteigentümer derelinquierte Sache usw. — in allen diesen Fällen natürlich vorausgesetzt, daß man daraufhin den Besitz der Sache erlangt hat. Auch bloß prätorische Erwerbsarten endlich bilden einen Usukapionstitel (§ 44). Regelmäßig wird ein wirklich zu Recht bestehender Titel gefordert *(titulus verus)*, z. B. ein giltiger Kauf, Schenkung usw.; die bloße irrige Annahme eines objektiv nicht bestehenden Titels *(titulus putativus)* genügt nur ausnahmsweise im Falle entschuldbaren Irrtums.

2. Die *bona fides*. Dem Erwerber darf ferner auch subjektiv keine Unredlichkeit zur Last fallen. Wer weiß, daß die gekaufte Sache dem Verkäufer nicht gehörte, ist in *mala fide* und kann trotz des *titulus verus* nicht usukapieren. Wer dagegen die Sache vom Eigentümer erwirbt und bloß Mangels der Form nicht Eigentümer wird, ist immer in *bona fide*. Die *bona fides* ist nach römischem Recht nur ein (wahrscheinlich erst später hinzugekommenes) Requisit der Aneignungshandlung, sie muß im Augenblick

des Besitzerwerbes vorhanden sein, nur beim *titulus pro emptore* überdies auch noch im Momente des Kaufsabschlusses (§ 87). *Mala fides superveniens non nocet.*)* Auch bei bloßem Putativtitel ist daneben noch *bona fides* notwendig.

C. Der so rechtlich erworbene Besitz muß nach den XII Tafeln bei *res soli* d. h. bei unbeweglichen Sachen zwei Jahre, bei allen übrigen *(ceterae res)* dagegen ein Jahr ununterbrochen fortdauern. Folgeweise werden bewegliche Sachen in einem Jahre usukapiert. Verlust des Besitzes während der Usukapionszeit *(usurpatio)* unterbricht die Ersitzung; auch im Falle der Wiedererlangung der Sache kann die einmal unterbrochene Ersitzung nicht mehr fortgesetzt werden, die Ersitzung muß von neuem beginnen.**) Stirbt der Usukapient vor Ablauf der Usukapionszeit, so erlischt dadurch zwar der Besitz, allein die Usukapion geht trotzdem weiter, falls nur die Sache nicht in fremden Besitz kommt, sondern im Nachlaß bleibt *(successio in usucapionem).* Später hat man auch im Falle vertragsmäßigen Besitzerwerbes (Tradition) gestattet, daß sich der Usukapient die mit seinem Besitz zusammenhängende Besitzeszeit seines unmittelbaren und mittelbaren Auktors anrechne (*accessio possessionis*, § 42). Nachweisbar war das beim Kauf der Fall. Der Unterschied dieser *accessio possessionis* und der vorerwähnten *successio in usucapionem* ist der, daß dort der Beginn der Ersitzung im Besitzerwerb des Erblassers liegt, daher ist nur dessen *bona fides* erforderlich und schadet *mala fides* des Erben nichts, während bei der *accessio possessionis* auch der letzte Besitzer den Besitz redlich erworben haben muß.

D. Res extra commercium (§ 39) können nicht usukapiert werden. Außerdem sind aber auch gewisse *in commercio* stehende Sachen durch positive Satzung der Usukapion entzogen. So die *res furtivae* nach den XII Tafeln und einer *lex Atinia* (557 d. St.; 197 v. Chr.), ebenso von unbeweglichen Sachen die *res vi possessae* nach einer *lex Iulia et Plautia* (664 d. St.; 90 v. Chr.). Wer immer solche Sachen *iusto titulo* und *bona fide* erwirbt, kann sie, solange das *vitium rei* dauert, nicht usukapieren. Behoben *(purgatur vitium)* wird es dadurch, daß diese Sachen in die Gewalt des Eigentümers kommen. Weiter sind usukapionsunfähig die *res mancipi* einer unter der Geschlechtstutel ihrer Agnaten stehenden Frauensperson, wenn sie selbe ohne *auctoritas tutoris* veräußert, dann *res fiscales* u. a.

---

*) Unzweifelhaft gilt dieser Satz im Justinianischen Recht für onerosen und lukrativen Erwerb, während das frühere Recht ihn wahrscheinlich auf onerosen Erwerb beschränkte, bei lukrativen Erwerb, dagegen den Satz *mala f. s. nocet* aufstellte. Karlowa a. a. O. II., S. 402.

**) Das ältere Recht kannte auch eine *usurpatio*, welche nicht *naturaliter* d. h. durch Besitzesverlust, sondern bloß *civiliter (iure civili)* ohne Besitzesverlust des Usukapienten durch gewisse symbolische Gebrauchshandlungen seitens des Eigentümers bewirkt wurde. Dahin gehört wohl das bei Cicero (*de orat.* 3, 28. § 110) erwähnte *surculum defringere.* Karlowa a. a. O. I. S. 401 sg. Keine Unterbrechung der Usukapion bewirkt die Klageanstellung (Litiskontestation)

E. Vollendet ist die Usukapion mit dem Anbruch des letzten Tages der Usukapionszeit (§ 24). Hiemit wird der Besitzer quiritischer Eigentümer der Sache, folgeweise erlischt das bisherige Eigentum. Die auf der Sache haftenden Lasten bleiben aufrecht, anderseits hat der Erwerber auch die mit der Sache verbundenen Prädialservituten, z. B. die Weggerechtigkeit usw. Insbesondere wurde durch Usukapion auch der bisherige bonitarische Eigentümer zum quiritischen, somit zum *dominus pleno iure*, da das *in bonis* vom Standpunkte des *ius civile* aus als *condicio usucapiendi* erscheint (§ 44).

Von den eigentümlichen Usukapionsarten, der *usureceptio*, der *usucapio pro herede*, endlich der *usucapio libertatis* wird später die Rede sein (§§ 69, 125, 64).

II. Als quiritische Erwerbsart war die Usukapion unzugänglich den Peregrinen und unanwendbar auf Provinzialgrundstücke. Die auch hier in gleichem Maße notwendige Sicherung der Besitzverhältnisse wurde durch eine auf den Edikten der Provinzialstatthalter beruhende *longi temporis praescriptio (μακρᾶς νομῆς παραγραφή)* gewährt. Hatte nämlich ein Römer oder Peregrine ein Provinzialgrundstück *iusto titulo* und *bona fide* erworben und dasselbe daraufhin durch ein *longum tempus* d. h. durch zehn oder zwanzig Jahre ungestört *(sine inquietudine litis, sine controversia)* besessen, so wurde er seitens der Obrigkeit gegen die *rei vindicatio utilis* des Eigentümers, desgleichen gegen die *hypothecaria actio* des Pfandgläubigers (§§ 69, 73) durch eine Einrede, die sog. *longi temporis praescriptio* geschützt (§ 165*). Dieselbe Einrede wurde unter gleichen Voraussetzungen dem Peregrinen auch betreffs der *praedia in solo Italico* und betreffs beweglicher Sachen gewährt. Später wurde dann einem solchen, der die *longi temporis praescriptio* geltend machen konnte, im Falle des Besitzverlustes, auch eine dingliche Klage d. h. eine *actio in rem (rei vindicatio utilis)* gewährt, durch welche er von jedem dritten Besitzer, auch vom bisherigen Eigentümer, Herausgabe der Sache verlangen konnte. Zuerst scheint das nur unter Hinzutritt einer weiteren Voraussetzung (Julian: Eid des Präskribenten: *fundum suum esse)*, endlich auf Grund der *longi temporis possessio* schlechthin der Fall gewesen zu sein. Diesen letzteren Rechtszustand hat Justinian ausdrücklich bestätigt mit der Motivierung: *hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.* Seit der Gewährung dieser gegen jeden dritten Besitzer wirkenden *actio in rem* war die *longi temporis possessio* aus einer Art Klagenverjährung (§ 165) zu einer Ersitzung der Provinzialgrundstücke, beziehungsweise (für Peregrinen) aller Sachen *in commercio (praedia in solo Italico, provincialia,* bewegliche Sachen) geworden. Diese Ersitzung durch *longi temporis possessio* war nach dem Muster der *usucapio* geordnet, insbesondere gilt dies von der Qualifikation des Besitzes, der Einrechnung der Besitzeszeit der Auktoren und Ersitzungsunfähigkeit gewisser Sachen (I. *D.*). Sie unterschied sich

von der *usucapio*, abgesehen von der längeren Besitzeszeit, dadurch, daß sie durch Klageanstellung (Litiskontestation) unterbrochen wurde, und im Falle ihrer Vollendung natürlich nicht quiritisches Eigentum, sondern nur das durch die magistratischen Edikte gewährleistete Eigentum *ex iure gentium* gab.

III. Im oströmischen Reich standen beide bisher behandelten Ersitzungsarten nebeneinander. Praktisch war hier die *l. t. possessio* die Ersitzung unbeweglicher Sachen, da der Grund und Boden hier *solum provinciale* war, die *usucapio* dagegen die beweglicher Sachen. Justinian hat nun im Jahre 531 beide Ersitzungsarten zu einer einzigen verschmolzen. Für diese gelten die Grundsätze der *usucapio* und *l. t. possessio* nur mit folgenden Modifikationen:

1. Für bewegliche Sachen soll nicht mehr eine einjährige, sondern nur mehr eine dreijährige Usukapion gelten.

2. Unbewegliche Sachen dagegen, sie mögen *praedia provincialia* oder *Italica* sein, werden nur mehr, wie Justinian sagt, in den Fristen der *l. t. possessio* usukapiert, nämlich *inter praesentes* in zehn, *inter absentes* dagegen in zwanzig Jahren. Erstere Frist gilt dann, wenn Eigentümer und Usukapient in derselben Provinz, letztere dann, wenn sie in verschiedenen Provinzen ihren Wohnsitz haben.*) Die Lage des Grundstückes ist gleichgiltig. Übersiedelt im ersten Falle während der Ersitzungszeit eine der beiden Parteien in eine andere Provinz, so wird die noch fehlende Ersitzungszeit (als *inter absentes*) doppelt gerechnet. Fehlen daher z. B. noch vier Jahre, so wird die Ersitzung erst mit Ablauf von acht Jahren vollendet. Ebenso umgekehrt, wenn während der Ersitzungszeit die Änderung eintritt, daß die bisher in verschiedenen Provinzen wohnenden Parteien ihren Wohnsitz in derselben Provinz haben. Dann wird von der nach den Grundsätzen der Ersitzung *inter absentes* noch fehlenden Zeit zur Vollendung der Ersitzung (jetzt als *inter praesentes*) nur die Hälfte verlangt. Verlegt also z. B. nach Ablauf von zehn Jahren der in der Provinz *B* wohnende Eigentümer *x* sein Domizil in die Provinz *A*, in welcher bereits der Usukapient *y* wohnt, oder übersiedeln *x* und *y* beide in die Provinz *C*, so wird die Ersitzung nicht erst mit Ablauf weiterer zehn Jahre, sondern schon mit Ablauf weiterer fünf Jahre vollendet. Die ganze Ersitzungszeit beträgt somit in diesem Falle statt zwanzig nur fünfzehn Jahre, während sie im früheren Falle nicht zehn, sondern vierzehn Jahre beträgt.

Alle übrigen Erfordernisse der Usukapion bleiben aufrecht, insbesondere auch die Usukapionshindernisse.

IV. Schon vor dieser Verschmelzung der *usucapio* und *l. t. possessio* zur sog. ordentlichen Ersitzung hat Justinian (528) im Anschluß an die dreißig- und vierzigjährige Klagenverjährung als außerordent-

*) Früher kam es auf die civitas *(πόλις)* an (Ägypt. Urk. Nr. 267); Justinian setzte die Provinz an die Stelle.

liche Ersitzung die *longissimi temporis possessio* eingeführt (§ 165). Wer nämlich den Besitz einer beweglichen oder unbeweglichen Sache *bona fide* erworben hat, der soll, nach der Verjährung der Eigentumsklage gegen ihn, nicht bloß gegen die Eigentumsklage geschützt sein, sondern Eigentümer der Sache werden. Da diese Ersitzung keinen Titel voraussetzt, überdies auch bei den Sachen anwendbar ist, die kraft positiver Satzung der Usukapion entzogen sind, so erscheint sie als eine Ergänzung der ordentlichen Ersitzung.

§ 57.

Die Eigentumsklagen.

l. 23. pr. D. *d. R. V.* VI, 1; l. 9. D. *eod.*; l. 27. pr. § 3. D. *eod.*; § 2. J. *de act.* IV, 6.

Die aus dem Eigentum entspringenden und daher das bereits bestehende Eigentum geltend machenden Klagen sind die *rei vindicatio* und die *negatoria in rem actio.*

I. Die *rei vindicatio.* Durch diese macht der Kläger geltend, daß die im Besitz des Beklagten befindliche Sache sein Eigentum sei *(actor intendit rem suam esse).* Sie ist daher die Klage des nicht besitzenden Eigentümers gegen den Besitzer der Sache. Ist zwischen den Parteien auch der Besitz streitig, so muß der *rei vindicatio* die Entscheidung der *controversia de possessione* vorangehen (§§ 42 IV). Der Sieger im Besitzprozeß ist dann der Beklagte in der *rei vindicatio.*

1. Berechtigt zur *rei vindicatio* ist nur der Eigentümer, nach vorjustinianischem Recht bloß der quiritische Eigentümer.*) Das Eigentum am Provinzialgrundstück und das der Peregrinen wurde durch besondere honorarische, der *rei vindicatio* nachgebildete Klagen geschützt. Über die Klage des bonitarischen Eigentümers s. § 44. Wird das Eigentumsrecht des Klägers vom Beklagten bestritten, so muß der Kläger sein Eigentum beweisen (§ 56).

2. Beklagter ist der Besitzer der Sache. Besitzer in diesem Sinne ist jeder *qui rem tenet et restituendi habet facultatem,* also nicht bloß der juristische Besitzer, sondern auch der Detentor. Gleich dem Besitzer kann ausnahmsweise auch ein Nichtbesitzer (sog. *fictus possessor*) mit der *rei vindicatio* belangt werden u. zw.:

a) der sich, ohne Besitzer zu sein, so auf den Prozeß einläßt, als wenn er besäße *(qui liti se obtulit quasi possideret);*

b) der, welcher dolos den Besitz aufgegeben hat *(qui dolo malo desiit possidere).*

3. Die *rei vindicatio* bezweckt Feststellung des Eigentums des Vindikanten *(rem actoris esse)* und Herausgabe der Sache *cum sua causa* an denselben. Zu dieser *causa rei* gehören insbesondere die Früchte der

*) Auch der Miteigentümer, dieser hat die *vindicatio partis (pro indiviso)* § 43.

Sache. Betreffs dieser bestimmt sich der Umfang der Restitutionspflicht des Beklagten danach, ob er *bonae* oder *malae fidei possessor* ist.

a) Der *bonae fidei possessor* leistet vom Prozeßbeginn (Litiskontestation § 159) an alle Früchte, auch die *neglecti* und *consumti,* für die Zeit vor dem Prozeßbeginn dagegen nur die *fructus extantes* d. h. die Früchte, die er noch hat (§ 49);

b) der *malae fidei possessor* dagegen muß für die Zeit vor und nach dem Prozeßbeginn alle Früchte leisten *(neglecti, consumti, extantes).*

Leistet der Beklagte innerhalb der vom Richter zu bestimmenden Frist das ihm durch richterliches *arbitrium de restituendo* Auferlegte nicht, so wird er auf das Geldinteresse verurteilt.

4. Der *rei vindicatio* gegenüber kann der Beklagte verschiedene Einreden gebrauchen. Die wichtigsten sind folgende:

a) die *exceptio doli* (§ 162) behufs Geltendmachung seines Ersatzanspruches wegen des von ihm auf die Sache gemachten notwendigen und nützlichen Aufwandes *(impensae necessariae* und *utiles).* Dieserwegen behält er die Sache so lange zurück, bis ihm der richterlicherseits bestimmte Ersatzbetrag geleistet wird (Retentionsrecht). Wegen bloßer *impensae voluptuariae* hat er nur das *ius tollendi,* er kann sie wegnehmen, falls dies geht; einen Ersatzanspruch hat er deshalb nicht.

b) Geltendmachung eines Sachenrechtes, welches zur Detention der Sache berechtigt, wie z. B. des Ususfruktus *(exceptio ususfructus).* Hierher gehört insbesondere auch die *exceptio rei venditae et traditae,* welche dann zulässig ist, wenn der, welcher (oder dessen Auktor) die Sache dem Beklagten (oder dessen Auktor) verkauft und tradiert hat, die Sache jetzt wegen Mangels der formellen Eigentumsübertragung (§ 44) oder auf Grund des später erworbenen Eigentums vindiziert.

II. Die *negatoria in rem actio.* Diese Klage ist gegen solche Verletzungen des Eigentums gerichtet, welche darin liegen, daß sich der Beklagte ohne Besitzentziehung Eingriffe in das Eigentum des Klägers erlaubt, insbesondere sich an der Sache ein das Eigentum beschränkendes Recht, z. B. eine Wegservitut, anmaßt. Die *negatoria in rem actio* setzt somit Besitz auf Seite des Beklagten nicht voraus und wird sogar regelmäßig vom besitzenden Eigentümer angestellt werden. Sie ist auf Abwehr der Rechtsanmaßung und Feststellung der Freiheit des Eigentums von dem angemaßten Rechte *(libertas rei)* gerichtet (der Kläger intendiert: *ius tibi non esse eundi agendi in fundo C. invito me*). Nebenbei kann schon nach klassischem Recht durch die *negatoria in rem actio* Kautionsleistung gegen künftige Störung *(cautio de amplius non turbando)* und Schadenersatz (Culpa des Beklagten vorausgesetzt) erzielt werden.

Der Kläger hat auch bei dieser Klage nur sein Eigentum zu beweisen; Sache des Beklagten ist es, sich dagegen durch den Beweis zu schützen,

daß ihm das geübte Recht an der Sache des Klägers wirklich zustehe (*ius mihi esse eundi agendi* usw.).

Durch beide Eigentumsklagen (I und II) wird das Recht an der Sache geltend gemacht. Sie sind petitorische Klagen (*actiones in rem* § 161). Sind beim Eigentümer die Voraussetzungen der possessorischen Interdikte (§ 42) vorhanden, so kann er auch possessorisch klagen. Dann sieht er vom Eigentum ab und macht nur das tatsächliche Verhältnis des Besitzes geltend. Das Resultat dieses Besitzprozesses ist für das Eigentum nicht präjudiziell. Unterliegt der Eigentümer im Besitzprozeß, so kann er noch immer petitorisch klagen (I, S. 112).

§ 58.

Die *Publiciana in rem actio.*

Gai. IV, 36; l. 1. pr. l. 7, § 8. l. 9, § 15. l. 17. D. *de Publ.* VI, 2; § 4; J. *de act.* IV, 6.

Hat der Usukapient die Usukapion vollendet, so kann er als Eigentümer, falls er jetzt den Besitz der Sache verliert, selbe von jedem Besitzer vindizieren. Verliert er dagegen den Besitz noch vor Vollendung der Usukapion, so kann er allenfalls possessorisch klagen, eine petitorische Klage hat er *iure civili* nicht. Eine solche gewährte ihm erst das prätorische Edikt in der *Publiciana in rem actio,* welche von einem Prätor Publicius (wann ist ungewiß, vielleicht im letzten Jahrhundert der Republik) eingeführt worden ist. Der Charakter dieser Klage ist am besten aus der Formel (§ 8) ersichtlich, deren Hauptteil uns Gaius überliefert. Sie lautet mit spezieller Beziehung auf kaufsweisen Erwerb eines Sklaven: *Titius iudex esto. Si quem hominem A^s A^s (bona fide) emit et is ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem eius ex iure Quiritium esse oporteret, si is homo A^o A^o arbitratu tuo non restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o condemna s. n. p. a.* Darin weist der Prätor den Richter an, den Beklagten N^s N^s dann zur Herausgabe der Sache zu verhalten, wenn Kläger A^s A^s seinerzeit den Besitz des Sklaven auf Grund einer *iusta causa* durch Tradition so erworben hat, daß er durch Ablauf der Usukapionszeit das quiritische Eigentum desselben erlangt haben würde. Diese Fiktion (derentwegen unsere Klage eine sog. *actio ficticia* ist § 161) ist somit nur eine kurze Bezeichnung der *condicio usucapiendi,* welche auf Seite des Klägers im Augenblicke seines Besitzverlustes vorgelegen haben muß, um diese petitorische Klage anstellen zu können. Zugleich ist in dieser Fiktion ausgedrückt, daß die *Publiciana in rem actio* nur auf *cives Romani* und *Latini* berechnet ist, ferner bloß Anwendung findet bei Sachen, die mit keinem Usukapionshindernisse (§§ 56, S. 109) behaftet sind, da nur unter dieser subjektiven und objektiven Voraussetzung der Ablauf der Usukapionszeit für den Kläger quiritisches Eigentum zu Folge haben könnte.

Nach klassischem Recht stand die *Publiciana in rem actio* zu:

a) Demjenigen, der eine Sache *a non domino bona fide* und *iusta causa* durch Tradition erworben hatte;

b) aber auch dem, der eine *res mancipi a domino* in der vorerwähnten Weise, ohne Manzipation, erworben hatte, d. h. dem bonitarischen Eigentümer, der ja vom Standpunkte des *ius civile* aus *in condicione usucapiendi* war (§ 56 I. *E.*).

Dieser zweite Anwendungsfall der Klage kommt im Justinianischen Recht nicht mehr vor (§ 44), weshalb wir's in dem Folgenden nur mit dem ersten Fall (lit. *a*) zu tun haben.

Im Ganzen ist die *Publiciana in rem actio* der *rei vindicatio* nachgebildet und ist insofern eine *utilis rei vindicatio* (§ 161). Sie überträgt im Wesen den Schutz, den die *rei vindicatio* dem Eigentümer gewährt, auf den Nichteigentümer, der die Sache in einer zur Usukapion geeigneten Weise gehabt hat. Insofern ist sie *ad instar proprietatis* und nicht *possessionis*. Wie die *rei vindicatio* kann auch sie gegen jeden Besitzer, außerdem auch gegen den *fictus possessor* (§ 57, I, 2), angestellt werden und bezweckt wie diese Herausgabe der Sache *cum sua causa*. Dagegen unterscheidet sie sich von der *rei vindicatio* wesentlich im Klagefundament, denn während dieses bei der *rei vindicatio* das Eigentum des Klägers ist, ist es hier nur die auf Seite des Klägers vorhanden gewesene *condicio usucapiendi*. Damit hängt der weitere Differenzpunkt zusammen, daß die *Publiciana in rem actio* nur einen relativen Schutz gewährt, indem sie weder gegen den Eigentümer, noch gegen einen anderen Usukapionsbesitzer wirkt. Zwar kann die Publiziana auch gegen den Eigentümer, falls er die Sache besitzt, von dem angestellt werden, der sie früher von einem Nichteigentümer *iusta causa* und *bona fide* erworben hatte. Allein der Zweck der Publiziana ist doch nicht der, die Sache dem Eigentümer zu entziehen, sondern nur der, den Usukapienten gegen einen schlechteren Besitzer wieder zur Sache zu verhelfen. Deswegen wird der Eigentümer die Klage durch *exceptio dominii* zurückschlagen, es wäre denn, daß seine *exceptio* wieder durch die Gegen-*exceptio (exceptio exceptionis)* d. h. die *replicatio* des Inhalts entkräftet werden könnte, daß er ja selbst die Sache, bevor er Eigentümer derselben geworden war, dem Kläger verkauft und tradiert habe (*replicatio rei venditae et traditae* § 162). Dann würde er trotz seines Eigentums der Publiziana gegenüber ebenso unterliegen wie mit der *rei vindicatio*, wenn er selbe gegen unseren Kläger anstellen würde (§ 44). Ebenso ist an sich die Publiziana nach obiger Formel auch dem jetzigen Usukapionsbesitzer gegenüber begründet. Dann hängt der Ausgang des Prozesses davon ab, ob Kläger und Beklagter die Sache von verschiedenen Auktoren oder von demselben Auktor erworben haben.

a) Ist ersteres der Fall, hat also z. B. Kläger die Sache vom *A*, Beklagter dagegen vom *B* gekauft und tradiert erhalten, so gilt stets der Satz: *in pari causa melior condicio possidentis,* der Beklagte erhält eine *exceptio* gegen die Klage, welcher zufolge der Kläger abgewiesen wird.

b) Ist dagegen letzteres der Fall, so wird dem Beklagten eine *exceptio* nur dann gewährt, wenn er die Sache früher als der Kläger vom gemeinschaftlichen Auktor tradiert erhalten hat, im entgegengesetzten Falle wird er auch hier zur Herausgabe verhalten.

Die *Publiciana in rem actio,* obwohl für den Nichteigentümer eingeführt, der vor Vollendung der Usukapion um den Besitz kommt, kann doch auch vom Eigentümer angestellt werden, da ja auch er die Sache rechtmäßig erworben hat. Macht er daraufhin von unserer Klage Gebrauch, so sieht er von seinem Eigentum ab und stellt sich nur auf den Standpunkt des Usukapionsbesitzers. Dies wird, sofern es sich um eine Klage gegen einen Nicht-Usukapionsbesitzer handelt, ausreichen und für ihn den Vorteil haben, daß er sich dadurch den schwierigen Eigentumsbeweis erspart.

§ 59.

Weitere Rechtsmittel des Eigentümers.

Nicht zur Geltendmachung des Eigentums, wohl aber zum Schutz gewisser Interessen des Eigentümers, dienen folgende Rechtsmittel:

I. Gewisse Klagen u. zw.:

A. Die *actio finium regundorum.* Diese auf den XII Tafeln beruhende, durch eine *lex Mamilia* (wohl aus dem siebenten Jahrhundert d. St.) in einzelnen Punkten neu geregelte, Klage geht auf Ermittlung und Feststellung der streitigen Grenzen aneinander grenzender ländlicher Grundstücke *(praedia rustica),* sofern der Grenzstreit nur den Grenzrain betrifft. Nach altrömischem Grundsatz hatte dieser eine Breite von fünf Fuß *(quinque pedes),* wovon zu jedem der aneinander grenzenden Grundstücke die Hälfte ($2^1/_2$ Fuß) gehörte. Liegt nun solche *controversia de fine (intra quinque pedes)* vor, so stellt die *actio finium regundorum,* falls die Grenzlinie noch ermittelt werden kann, dieselbe und somit den wirklichen Umfang der betreffenden Grundstücke wieder her, indem sie von dem streitigen Stück *(intra quinque pedes)* jedem Eigentümer das verschafft, was ihm gehört, ist daher *pro vindicatione rei.* Kann die Grenzlinie dagegen nicht mehr ermittelt werden, so ist die Klage bezüglich des streitigen Stückes *(intra quinque pedes)* eine Teilungsklage. Durch *adiudicationes* (§ 54) wird dann eine neue Grenzlinie geschaffen, die Klage ist eine *actio duplex* (§ 161). Geht jedoch der Streit über die Breite des Grenzrains *(quinque pedes)* hinaus, liegt also nicht mehr eine *controversia de fine,* sondern eine *controversia de loco* vor, so findet

nicht mehr die *actio finium regundorum,* sondern die *rei vindicatio* des streitigen *locus* statt.

B. Die *actio aquae pluviae arcendae.* Auch sie basiert auf den XII Tafeln und kann eines *praedium rusticum (ager)* wegen angestellt werden, das durch Anlagen auf dem Nachbargrundstück in der Richtung gefährdet ist, daß durch sie der Ablauf des Regenwassers zu seinem Nachteil abgeändert wird. Hat der Eigentümer des Nachbargrundstückes selbst diese Anlagen errichtet, so muß er sie auf eigene Kosten beseitigen, sonst dagegen bloß gestatten, daß sie der Kläger (der Eigentümer des gefährdeten *ager*) auf seine Kosten wegschaffe.

II. Andere Rechtsmittel, nämlich

A. Die *cautio damni infecti.* Wenn einem Grundstücke vom Nachbargrundstücke her durch bevorstehenden Einsturz eines auf letzterem befindlichen Gebäudes oder anderen *opus* Schaden droht so gewährt schon das alte *ius civile* dem Eigentümer des gefährdeten Grundstückes eine durch sog. *legis actio* (§§ 159, 160) geltend zu machende Rechtshilfe. Durch eingehende Bestimmungen des prätorischen Edikts wurde diese später in den Hintergrund gedrängt. Diesen zufolge kann jetzt der Eigentümer des gefährdeten Grundstückes vom Eigentümer des gefahrdrohenden Grundstückes eine promissorische Kaution wegen Ersatzes des eventuellen künftigen Schadens begehren. Wird ihm diese *cautio damni infecti* d. i. *damni nondum facti* nicht geleistet, so erteilt ihm der Prätor die *missio in possessionem (ex primo decreto)* des gefahrdrohenden Grundstückes, und zwar zunächst bloß *custodiae causa.* Wird dann trotz dieses Pressionsmittels während angemessener Frist die Kaution doch nicht geleistet, so erfolgt über Verlangen des Bedrohten die *missio in possessionem ex secundo decreto,* welche ihm den juristischen Besitz und das prätorische Eigentum (§ 44) des gefahrdrohenden Grundstückes überträgt. Der Eigentümer desselben haftet daher höchstens mit dem Grundstücke.

B. Die *operis novi nuntiatio.* Wahrscheinlich ebenfalls altzivilen Ursprungs wurde sie später durch das Edikt genauer reguliert, so daß sie in dieser neuen Gestalt als prätorische Institution erscheint. Den Ediktsbestimmungen zufolge kann der Grundstückseigentümer, dem gegen eine Bauführung ein Verbotsrecht zusteht, gegen dieselbe an Ort und Stelle Einspruch erheben. Durch solche *operis novi nuntiatio* wird die Fortsetzung des Baues sistiert, bis über das vom Nuntianten klageweise geltend zu machende *ius prohibendi* (das z. B. in einer ihm zustehenden Servitut gegründet ist) gerichtlich entschieden ist. Wird trotz der *operis novi nuntiatio* doch weiter gebaut, so hat der Nuntiant deshalb das sog. *interdictum demolitorium* auf Beseitigung des nach der *nuntiatio* Gebauten.

II. Die Servituten.

§ 60.

Begriff und Arten.

l. 1. 15, § 1. D. *de serv.* VIII. 1; l. 26. D. *de S. P. U.* VIII, 2; l. 15. D. *fam. erc.* X. 2; l. 12. D. *comm. praed.* VIII, 4.

Die Verteilung des Grundes und Bodens, welche die Voraussetzung jedes Grundeigentums ist, besteht nur in einer mehr oder weniger willkürlichen Abgrenzung der einzelnen Grundstücke. Ungeachtet derselben bleibt der natürliche Zusammenhang des Grundes und Bodens aufrecht. Folgeweise kann die volle Ausnützung des Eigentumsinhaltes auf dem einen Grundstück das Nachbargrundstück in verschiedener Hinsicht tatsächlich beeinträchtigen. Der Nachbar verbaut uns Luft und Licht, weigert uns den Weg zu unserem Grundstück, auf das wir nur über seines gelangen können usw. Die Verteilung des Bodens führt anderseits aber auch dahin, daß häufig das eine Grundstück das im Überfluß hat (z. B. Wasser, Weide, Holz) woran das andere Mangel leidet oder das es ganz entbehrt. Alles dies läßt eine Ergänzung des einen Grundstückes durch das andere, eine Einflußnahme von dem ersteren auf letzteres im Interesse seiner vollen Brauchbarkeit, Annehmlichkeit usw. als wünschenswert erscheinen. In beschränktem Maße wird etwas Derartiges schon durch das gesetzliche Nachbarrecht angestrebt (§ 40). Darüber hinaus wird im großen und ganzen nur durch Rechtsgeschäfte geholfen. Vor allem kann dies so geschehen, daß der Eigentümer des einen Grundstückes sich dem Eigentümer des Nachtbargrundstückes verpflichtet, diesem die erwünschte Einflußnahme auf sein Grundstück zu gewähren. Dann entsteht zwischen ihnen ein bloß persönliches obligatorisches Verhältnis (§ 74), das keine dauernde, sondern nur vorübergehende Abhilfe gewährt, da es in seiner praktischen Wirksamkeit wesentlich davon abhängt, daß auf keiner Seite ein Eigentumswechsel eintritt. Geschieht das, veräußert der eine oder der andere sein Grundstück, so hat obiger Vertrag für den Erwerber keine Bedeutung, weder kann der eine daraus klagen, noch der andere daraus verklagt werden, verhaftet bleiben nur die Kontrahenten, die aber das Grundstück nicht mehr haben. Dauernde Abhilfe kann nur dadurch erreicht werden, daß im Wege des Rechtsgeschäftes die erwünschte Einflußnahme auf das Nachtbargrundstück einerseits mit dem bedürftigen Grundstück selbst verknüpft, anderseits dem Nachbargrundstück selbst und unmittelbar auferlegt wird. Denn dann bekommen wir nicht ein bloß persönliches Verhältnis zwischen den kontrahierenden Eigentümern, sondern ein Verhältnis zwischen den Grundstücken selbst, demzufolge das eine Grundstück dem anderen Grundstück dient *(servit)*, gleichgiltig wer immer Eigentümer des einen oder anderen sein mag. Dieses

sachenrechtliche Gebilde, im Gegensatz zu dem vorerwähnten bloß obligatorischen Verhältnis, ist die Servitut *(servitus)*.

Neben diesen Berechtigungen, die uns an einem fremden Grundstück im Interesse unseres Grundstückes eingeräumt sind, kennt das römische Recht auch Nutzungsrechte an fremden Sachen unmittelbar zu Gunsten bestimmter Personen, welche wesentlich den Zweck der Sustentation derselben verfolgen. Will jemand einer Person, z. B. seiner Witwe, als Versorgung den Gebrauch und Ertrag einer seiner Sachen zuwenden, so stehen ihm ebenfalls zwei Rechtsgebilde zur Verfügung: das Rechtsgebilde der Obligation, wenn er seinen Erben verpflichtet, ihr diesen Gebrauch für ihre Lebenszeit zu gewähren, und das Rechtsgebilde des *ius in re aliena*, wenn er das ihr zugedachte Nutzungsrecht auf die Sache selbst radiziert, so daß es unmittelbar auf dieser lastet. Ersteres vermag ihr die Nutzung nur so lange zu schaffen, als der verpflichtete Erbe die Sache hat, letzteres so lange, als die Sache besteht, gleichgiltig in wessen Eigentum sie kommt. Dieses höchstens für die Lebensdauer der Person berechnete, unmittelbar die fremde Sache ergreifende Nutzungsrecht ist die Personalservitut. Im Gegensatz zu diesem entschieden späteren Gebilde wird das früher geschilderte Verhältnis zwischen Grundstücken als Prädialservitut bezeichnet.

Prädial- und Personalservituten sind die einzige Art der *iura in re aliena*, welch das alte *ius civile* kennt, alle übrigen Rechte an fremden Sachen sind späteren Ursprungs. Folgeweise sind *iure civili* die Begriffe *servitus* und *ius in re aliena* ursprünglich identisch. Eine spezifische Bedeutung erlangt der Ausdruck *servitus* erst nach dem Aufkommen der neueren Nutzungsrechte an fremden Sachen: Superfizies und Emphyteusis. Jetzt erst entsteht die Frage: worin liegt das Gemeinsame der als Servituten bezeichneten Rechte und worin unterscheiden sie sich sachlich von diesen *iura in re aliena?* Die Antwort auf beides liegt in folgendem:

1. Darin, daß sie beschränktere Nutzungsrechte als Superfizies und Emphyteusis sind, und zwar sind die Prädialservituten durchaus inhaltlich (auf gewisse Nutzungen), die Personalservituten zeitlich beschränkt.

2. Darin, daß Prädial- und Personalservituten nicht, wie Superfizies und Emphyteusis, übertragbar sind; erstere bestehen nur für ein bestimmtes Grundstück, letztere nur für eine bestimmte Person, jene können daher nicht von diesem Grundstück, diese nicht von dieser Person losgelöst und auf ein anderes Grundstück bezw. eine andere Person übertragen werden.

Daraus, daß die Servituten das einzige *ius in re aliena* des alten *ius civile* waren, erklärt es sich, daß gewisse Sätze, die sich aus dem Charakter eines *ius in re aliena* überhaupt ergeben, also den Servituten nicht eigentümlich sind, von der Jurisprudenz nur für die Servituten formuliert wurden. Die wichtigsten sind folgende:

1. Niemand kann an seiner eigenen Sache eine Servitut haben *(nulli res sua servit)*, ein *ius in re aliena* an eigener Sache ist ein Widerspruch.

2. Als Sachenrecht gewährt die Servitut dem Berechtigten eine rechtliche Macht unmittelbar über die Sache. Sie verlangt daher vom Eigentümer nur ein negatives Verhalten, kein positives Tun. Letzteres wäre nicht mehr Inhalt einer Servitut, sondern schon eine Obligation *(servitus in faciendo consistere non potest)*. Je nach dem Inhalt dieser rechtlichen Macht unterscheidet man affirmative und negative Servituten. Die ersteren geben dem Berechtigten die Befugnis, die fremde Sache positiv in einer oder andern Hinsicht zu gebrauchen und zu benützen (so alle Personalservituten, ferner z. B. die Weg- und Wasserservituten), während der Inhalt der letzteren in dem Rechte besteht, dem Eigentümer eine gewisse Verfügung mit der Sache zu untersagen (so z. B. bei der *servitus altius non tollendi* das Höherbauen). Den affirmativen Servituten entspricht somit auf Seite des Eigentümers: ein *pati*, Dulden, sie beschränken die negative Seite des Eigentums (§ 41); den negativen Servituten dagegen ein *non facere*, ein Unterlassen (z. B. des Höherbauens), sie beschränken die positive Seite des Eigentums (§ 41).

§ 61.

Die Prädialservituten *(servitutes praediorum)*.

J. *d. serv.* II, 3; l. 5. § 1. D. *d. S. P. R.* VIII, 3; l. 28. D. *d. S. P. U.* VIII, 2.

I. Jede Prädialservitut setzt zwei Grundstücke voraus, das Grundstück, für welches sie besteht, und das Grundstück, auf welchem sie lastet. Ersteres ist das *praedium dominans*, letzteres das *praedium servicns*. Da es sich hiebei um Vorteile handelt, die das dienende Grundstück dem herrschenden gewährt, so ist notwendig:

1. Daß die Prädialservitut dem herrschenden Grundstück selbst und nicht bloß dem jetzigen Eigentümer vorteilhaft sei. Sie muß *praedio utilis* sein.

2. Daß die beiden *praedia vicina* sind, d. h. so gelegen sind, daß das eine dem andern wirklich den betreffenden Vorteil gewähren kann. Bei Wegservituten z. B. wird daher gewöhnlich erforderlich sein, daß die Grundstücke *A* und *C* an einander grenzen, weil, wenn nicht eine öffentliche Straße oder ein Fluß, sondern ein Privatgrundstück *B* zwischen ihnen liegt, man ja nicht vom herrschenden Grundstück *A* aus auf das dienende *C* gelangen kann. Fluß und Straße heben somit die juristische Vinzinität nicht auf. Ebenso wird selbe durch ein dazwischen liegendes Privatgrundstück dann nicht ausgeschlossen, wenn dieses selbst mit der Wegservitut belastet ist, so daß sich der Weg über *C* nur als eine Fortsetzung des über *B* darstellt.

3. Daß dieser Vorteil vermöge dauernder Beschaffenheit *(perpetua causa)* des dienenden Grundstückes gewährt wird. So können Wasserservituten

nicht an einem Tümpel oder einer Zisterne, sondern nur an dauerndem Wasser (sei es *aqua perennis aestiva* oder *hiberna)*, z. B. einer Quelle, einem Bach, bestellt werden.

II. Je nach der Beschaffenheit des herrschenden Grundstückes sind die Prädialservituten: *servitutes praediorum rusticorum* oder *servitutes praediorum urbanorum.* Erstere sind solche Servituten, welche für Feldgrundstücke, letztere solche, welche für Gebäudegrundstücke vorkommen. Die *servitutes praediorum rusticorum* an italischen Grundstücken waren *res mancipi* (§ 39).

1. Die wichtigsten Rustikalservituten sind die Weg- und die Wasserservituten.

a) Wegservituten sind: *iter* die Pfadgerechtigkeit, *actus* das Recht des Viehtriebes und *via* das Recht eines gebahnten Weges über das dienende Grundstück.

b) Wasserservituten sind: *servitus aquaehaustus* die Wasserschöpfgerechtigkeit, *servitus pecoris ad aquam appulsus* die Viehtränke und *servitus aquaeductus* das Recht der Wasserleitung.

2. Die wichtigsten Urbanalservituten sind die *servitus oneris ferendi,* das Recht unser Gebäude auf eine fremde Mauer zu setzen, die *servitus tigni immittendi,* das Recht Tragbalken unseres Hauses in die fremde Mauer einzufügen, die *servitus protegendi, proiiciendi* das Erkerrecht, überhaupt das Recht in den fremden Luftraum hineinzubauen u. a.

III. Subjekt der Prädialservitut ist nicht das herrschende Grundstück, sondern der jeweilige Eigentümer desselben. Mit dem Eigentum am *praedium dominans* geht als „Anhang" desselben auch die für das Grundstück bestehende Servitut auf jeden neuen Erwerber über.

§ 62.

Die Personalservituten *(servitutes personarum).*

J. *d. usuf.* II. 4; *de usu et habit.* II. 5; fragm. Ulp. § 46.

Die Personalservituten stehen einem bestimmten Individuum an einer beweglichen oder unbeweglichen Sache höchstens für Lebenszeit zu; Endigung der Persönlichkeit bei Lebzeiten, Eintritt eines *dies ad quem,* können auch frühere Erlöschung herbeiführen. Die Personalservituten sind folgende:

I. Der Ususfruktus. Dieser wird definiert als das *ius utendi fruendi alienis rebus salva rerum substantia.* Des Näheren folgendes:

1. Der Usufruktuar hat das Recht auf den Gebrauch *(uti)* und den ganzen Fruchtertrag *(frui),* und zwar sowohl auf die *fructus naturales* wie *civiles* der Sache. Was nicht mehr Frucht der Sache ist, fällt dem Eigentümer zu. Beim Ususfruktus an Sklaven gehört dem Ususfruktuar das, was der Sklave *ex operis suis* oder *ex re fructuarii* erwirbt. Alles

andere, z. B. der *partus ancillae,* der Schenkungserwerb usw. fällt an den Eigentümer. Behufs Ausübung des *uti frui* hat der Usufruktuar Anspruch auf die Detention der Sache. Das Eigentum an den *fructus naturales* erwirbt er durch Perzeption (§ 49).

2. Der Usufruktuar hat die öffentlichen Abgaben zu berichtigen und darf die Sache nur mit Schonung der Substanz gebrauchen und nutzen, d. h. er darf sie nicht verschlechtern, noch umgestalten, z. B. aus einem Weinberge einen Steinbruch machen, sollte sie auch dadurch erträgnisreicher werden. Er soll sie überhaupt nur wie ein *bonus paterfamilias* behandeln. Hiefür sowie für Restitution der Sache nach Endigung des Usufruktus, hat er dem Eigentümer die *cautio usufructuaria* zu leisten.

Der Usufruktus ist unveräußerlich, doch kann die Ausübung desselben entgeltlich oder unentgeltlich einem anderen überlassen werden. Er kann nur an unverbrauchbaren Sachen (§ 39) vorkommen. Bestellt Jemand einen Usufruktus an verbrauchbaren, Sachen so ist zwar — nach einem Senatuskonsult der ersten Kaiserzeit — auch diese Verfügung giltig, begründet aber keinen Usufruktus, sondern nur einen sog. Quasiusufruktus. Der Zweck einer solchen Verfügung ist wirtschaftlich derselbe, wie bei der Bestellung eines Usufruktus. Derjenige, dem z. B. ein Usufruktus an 10.000 Kronen vermacht ist, soll, wie dort den Genuß und Ertrag des verbrauchbaren Kapitals, nicht dieses selbst, haben. Dieser gleiche wirtschaftliche Zweck der Zuwendung wird juristisch in verschiedener Weise realisiert, dort durch das an der unverbrauchbaren Sache haftende Gebrauchs- und Nutzungsrecht (Servitut), hier bei verbrauchbaren Sachen behufs Gewährung der Verbrauchsmöglichkeit (ohne welche weder Gebrauch noch Nutzung dieser Sachen denkbar ist) durch Übertragung des Eigentums am Kapital, verbunden mit der persönlichen Verpflichtung des Bedachten, nach seinem Tode den Kapitalsbetrag zu restituieren. Dafür muß er wie beim Usufruktus eine Kaution leisten. Der Quasiusufruktus ist daher keine Servitut mehr, stimmt nur wirtschaftlich mit dem Usufruktus überein, juristisch ist er von ihm verschieden.

II. Der Usus. Es kann Jemandem auch der bloße Usus *(uti)* einer Sache zugewendet werden. Eine solche Verfügung wurde dahin interpretiert, daß er den Gebrauch der Sache, von ihrem Fruchtertrag aber nur soviel haben soll, als er nach seinem Bedarf benötigt. Verkaufen darf er von den Früchten nichts. Ebensowenig darf er die Ausübung seines Usus einem anderen überlassen, weil sich der Inhalt dieses Rechtes, wie gezeigt, nach dem wechselnden persönlichen Bedarf bestimmt. Auch der Usuar muß die Sache *boni viri arbitratu* gebrauchen und hat sie nach Endigung des Usus zu restituieren. Für beides leistet er wie der Usufruktuar Kaution. Der Usus ist unteilbar, er kann nicht *pro parte indivisa* bestellt werden, während das beim Usufruktus allerdings möglich ist. Der Usufruktus ist das einzige teilbare Servitut, alle anderen, einschließlich der Prädialservituten,

sind unteilbare Rechte. Deswegen kann z. B. der Miteigentümer an seiner *pars pro indiviso* wohl einen Ususfruktus nicht aber einen Usus oder eine Prädialservitut bestellen.

III. Die *habitatio* und die *operae servorum.* Diese Rechte sind Abarten des Usus, welche im Wege der Interpretation letztwilliger Verfügungen entstanden sind. Sie haben Alimentennatur. Infolge der *habitatio* darf der Berechtigte in dem Hause wohnen oder die Wohnung vermieten, infolge der *operae servorum* die Arbeitskraft des Sklaven benützen oder vermieten, unentgeltliche Überlassung ist in beiden Fällen ausgeschlossen; sie stehen daher in der Mitte zwischen dem *ususfructus aedium vel servi* und dem *usus aedium vel servi,* geben weniger Recht als der Ususfruktus (nicht die unentgeltliche Überlassung), dagegen mehr Recht wie der Usus (die entgeltliche Ausübungsüberlassung). Sie waren nicht *iuris civilis* und konnten auch Peregrinen zugewendet werden.

§ 63.

Entstehung der Servituten.

§ 1. J. *d. usuf.* II, 4; l. 16. D. *com. praed.* VIII, 4; Gai. II, 29, 30, 31, 33; Vat. frag. 47 a. 50; § 4; J. *de serv.* II, 3; l. 22, § 3. D. *fam. erc.* X, 2; l. 4, § 29, D. *d. usuc.* XLI, 3; l. 10, pr. D. *si serv.* VIII, 5.

Nach *ius civile* konnte eine Servitut nur einer des *ius civile* fähigen Person an einer dieses Rechtes fähigen Sache zustehen; für Peregrinen und an Provinzialgrundstücken waren sie *iure civili* unmöglich. In beiden Richtungen halfen die magistratischen Edikte ab durch Einführung ganz parallel gehender Nutzungsrechte, der sog. prätorischen Servituten. Im Justinianischen Recht ist dieser Gegensatz zwischen zivilen (quiritischen) und prätorischen Servituten weggefallen, es gibt hier nur mehr Servituten schlechtweg.

Begründet werden Servituten in folgender Weise:

A. Durch Vermächtnis. Dieses ist die Hauptbegründungsart der Personalservituten. Das Nähere richtet sich nach Vermächtnisgrundsätzen (§§ 149, 151, 153).

B. Durch *mancipatio* oder *in iure cessio.* Manzipationsfähig waren nur die *servitutes praediorum rusticorum* (§ 61), während durch *in iure cessio* alle Servituten bestellt werden konnten.

a) Die *mancipatio* und *in iure cessio* der Servituten bewegten sich in den bekannten Formen dieser Geschäfte (§§ 51, 52), nur mit dem Unterschied, daß bei jener die *nuncupatio,* bei dieser die *vindicatio* auf die betreffende Servitut gerichtet war, z. B. *aio ius mihi esse eundi agendi in fundo Corneliano* usw. Die *vindicatio* insbesondere besteht hier in der der Servitutenklage (§ 65) entsprechenden Rechtsbehauptung.

b) Von der *mancipatio* und *in iure cessio* der Servitut ist zu unterscheiden die *deductio servitutis* (§ 51) bei der Manzipation oder *in iure*

cessio der Sache. Diese erscheint nur als ein Vorbehalt der Servitut gelegentlich der Eigentumsübertragung. Der Erwerber erwirbt hier das Eigentum der Sache nur *deducta servitute*, also belastet mit der Servitut, welche dem Veräußerer verbleibt. Der Vorgang ist nur eine Modifikation der Manzipation oder *in iure cessio* der Sache. Wenn daher nur diese eine *res mancipi* ist, kann bei der Manzipation derselben jede Art von Servituten zurückbehalten werden, insbesondere auch Personal- und Urbanalservituten, obwohl diese selbst nicht manzipierbar sind.*)

An Provinzialgrundstücken, welche der *mancipatio* und *in iure cessio* nicht fähig waren, konnten Servituten nach Gaius *pactionibus et stipulationibus* bestellt werden. Die *pactio* ist hier der auf Servitutsbestellung gerichtete Vertrag (z. B. Kauf, Schenkung der Servitut usw.), während die *stipulatio* in dieser Anwendung die Sicherstellung der Ausübung des Servituteninhaltes bezweckt. Der ganze Vorgang reduziert sich auf die tatsächliche Einräumung und Ausübung der Servitut auf Grund des vorerwähnten materiellen Bestellungsvertrages, erscheint somit als eine Quasitradition der Servitut. Jedenfalls war dies die spätere Bestellungsart von Servituten nach magistratischem Edikt. Stipulationen der eben geschilderten Art konnten auch jetzt noch vorkommen, waren aber nicht mehr notwendig.

Diese Bestellung durch *pactio* in Verbindung mit der sich daran anschließenden Quasitradition ist ins Justinianische Recht übergegangen, und ist daselbst, da *mancipatio* und *in iure cessio* weggefallen sind, der eigentliche (dingliche) Servitutenbestellungsvertrag. Derselbe besteht in der vertragsmäßigen, sofortigen, tatsächlichen Einräumung einer Servitut und ist von dem vertragsmäßigen Versprechen eine Servitut zu bestellen zu unterscheiden. Nur der erstere Vertrag bestellt, schafft die Servitut, während der letztere bloß eine Verpflichtung des Versprechenden (Obligation) erzeugt, die versprochene Servitut zu bestellen. Die Bestellung selbst erfolgt dann erst durch Erfüllung dieser Verpflichtung, gewöhnlich durch unseren zu diesem Behuf einzugehenden dinglichen Servi-

*) Im Falle einer solchen *deductio* liegt schon der Form nach nur ein Rechtsgeschäft: *mancipatio* oder *in iure cessio* der Sache, jedoch *deducta servitute* vor (§ 51, 52) und es ist ganz unmöglich, dieses eine Formalgeschäft in zwei Geschäfte (1. Manzipation oder *in iure cessio* der Sache; 2. Bestellung der Servitut seitens des Erwerbers der Sache) zu zerlegen. Die Wirkung dieses einen Rechtsgeschäftes ist für den Erwerber: geschmälerter Eigentumserwerb, der Erwerber erwirbt dadurch nicht freies unbelastetes Eigentum, sondern nur Eigentum, das mit der betreffenden Servitut (zu Gunsten des Manzipanten oder *in iure* Zedenten) belastet ist. Da es sich nur um Erwerb, wenn auch geschmälerten Erwerb, handelt, so kann im Wege der *deductio* eine Servitut auch dann begründet werden, wenn z. B. das Grundstück einem Pupillen *sine auctoritate tutoris* manzipiert wird, der so zwar Erwerbsgeschäfte, nicht aber Verpflichtungs- und Veräußerungsgeschäfte eingehen, insbesondere also eine Servitut *sine auctoritate tutoris* nicht bestellen könnte. — Außer bei der *mancipatio* und *in iure cessio* konnte nach klassischem Recht eine *deductio servitutis* auch bei dem (Vindikations)-Legat einer Sache vorkommen (§ 149 I.).

tutenbestellungsvertrag. — Neben demselben gibt es im Justinianischen Recht, nach dem Muster der vorerwähnten *deductio servitutis* bei der *mancipatio* und *in iure cessio*, einen Vorbehalt (*deductio, receptio,* auch *exceptio* genannt) einer Servitut gelegentlich der Eigentumstradition (§ 53) der Sache, was nach klassischem Recht nicht der Fall war.*)

C. Durch *adiudicatio* auf Grund einer Teilungsklage (§ 54). Die Aufhebung des Miteigentums kann daraufhin z. B. auch so erfolgen, daß der Richter einem der Miteigentümer das Alleineigentum, dem anderen dagegen den Ususfruktus an der Sache adjudiziert. Nimmt der Richter Realteilung eines Grundstückes vor, so kann darin der Anlaß liegen, daß er dem einen Stück, das er dem *B* adjudiziert, zu Gunsten des zweiten Stückes, das er dem *A* zuweist, z. B. eine Wegservitut auferlegt, bezw. selbe dem *A* mit seinem Stücke adjudiziert.

D. Durch Ersitzung. Das alte Recht kannte eine *usucapio* der Servituten, welche durch die *lex Scribonia* aufgehoben wurde. Schon das klassische Recht kennt nur mehr eine Ersitzung der Servituten nach magistratischem Edikt: die *longi temporis possessio.* Diese erfordert bloß die tatsächliche Ausübung des Servitutsinhaltes, Quasibesitz durch zehn oder zwanzig Jahre (§ 56) *nec vi, nec clam, nec precario.* Bei Prädialservituten muß diese Übung *fundi (dominantis) nomine* geschehen. *Iustus titulus* und *bona fides* sind nicht gefordert. Diese Ersitzung ist ins Justinianische Recht übergegangen.

E. Endlich in der christlichen Kaiserzeit entsteht der Ususfruktus auf Grund der väterlichen Gewalt auch schon kraft des Gesetzes (§ 114).

Wer ein Servitut durch Vermächtnis oder Vertrag bestellt oder *deductione* sich vorbehält, muß zu dieser Zeit Eigentümer der Sache sein, die mit der Servitut belastet werden soll. Wird die Servitut *adiudicatione* bestellt, so muß die zu belastende Sache den Personen gehören, zwischen denen der Teilungsprozeß anhängig ist. Fehlt dort oder hier etwas, so entsteht die Servitut erst durch Ersitzung. — Prädialservituten kann nur der Eigentümer des herrschenden Grundstückes erwerben; daher muß der Bestellungsakt sich auf ihn beziehen, der Bestellungsvertrag mit ihm geschlossen, die Servitut ihm vermacht werden u. s. f.

§ 64.
Erlöschung der Servituten.

§ 3. J. *de usuf.* II, 4; l. 1. D. *quib. m. serv.* VIII, 6; Gai. II, 30; l. 8. pr. D. *quib. m. serv.* VIII, 6; Paul. *sent.* III, 6. § 30; l. 6. D. *d. S. P. U.* VIII, 2; l. 5. § 2. D. *quib. m. usuf.* VII. 4.

A. Jede Servitut erlischt:

1. Durch Untergang der dienenden Sache.

*) Im klassischen Recht gab es die *deductio* nur bei den zivilen Akten: *mancipatio, i. i. cessio, legatum;* für die Tradition galt der Satz: *per traditionem servitus*

2. Durch *confusio,* d. h. dadurch, daß das Eigentum der dienenden Sache und das Servitutsrecht in derselben Person zusammentreffen (§ 60, S. 120), also z. B. dadurch, daß der Usufruktuar den Eigentümer beerbt, der Eigentümer des *praedium dominans* das *praedium serviens* durch Kauf erwirbt.

3. Durch Verzicht seitens des Berechtigten. Nach altem Recht erfolgte solcher Verzicht durch *in iure cessio* der Servitut an den Eigentümer, der dabei wohl die der *negatoria in rem actio* (§ 57, II.) entsprechende Rechtsbehauptung: *aio ius tibi non esse eundi agendi in fundo Corneliano invito me* aufstellte. Formloser Verzicht (ausdrücklicher wie stillschweigender) hob die Servitut *iure civili* nicht auf, begründete aber gegen die Servitutsklage eine *exceptio.*

4. Durch *non usus* und *usucapio libertatis.*

a) Bloßer *non usus* ist die Nichtausübung der Servitut, und zwar nach altem Recht durch zwei Jahre, bezw. ein Jahr, je nachdem das Objekt der Servitut eine unbewegliche oder eine bewegliche Sache ist; nach Justinianischem Rechte durch zehn oder zwanzig Jahre (§ 56, III.), und zwar ohne Unterschied, ob die Servitut bewegliche oder unbewegliche Sachen zum Objekt hat. Durch *non usus* erlöschen von den Personalservituten nur der Usus- und Usufruktus (nicht auch die *habitatio* und *operae servorum),* von den Prädialservituten nur die Rustikalservituten.

b) Urbanalservituten erlöschen dagegen erst durch *usucapio libertatis.* (§ 56, I.) Dazu genügt die bloße Nichtausübung nicht, es ist außerdem auch noch erforderlich, daß das dienende Grundstück in den der Freiheit von der betreffenden Servitut entsprechenden tatsächlichen Zustand versetzt und so durch die vorerwähnte Zeit besessen wird. Bei der *servitus tigni immittendi* z. B. setzt die *usucapio libertatis* Vermauerung der zur Aufnahme des Tragbalkens bestimmten Öffnung voraus.

B. Besondere Erlöschungsgründe für Prädial-, bezw. Personalservituten sind:

1. Für Prädialservituten der Untergang des *praedium dominans.*

2. Für Personalservituten:

a) Der Untergang der Person durch Tod oder *capitis deminutio* (mit Ausnahme der *habitatio* und der *operae servorum)* und zwar nach klassischen Recht durch jede *capitis deminutio,* nach Justinianischem Recht nur mehr durch die *maxima* und *media.* Sind die Personalservituten *ad diem* bestellt (§ 21), so erlöschen sie mit Ablauf desselben.

b) Die Umgestaltung der Sache, sie mag durch wen immer erfolgt sein.

---

deduci non potest. Im Justinianischen Recht ist wohl auch in dieser Hinsicht die Tradition an die Stelle der *mancipatio* und *in iure cessio* getreten, so daß sich jetzt der Tradent durch eine *lex rei dicta* eine Servitut vorbehalten kann, analog dem oben bezüglich der alten *deductio* Gesagten.

§ 65.

Servitutenklage.

§ 2. J. *de act.* IV, 6; l. 2, § 1. D. *si serv.* VIII, 5; l. 5. pr. D. *si usuf.* VII, 6; l. 10, § 1. D. *si serv.* VIII, 5; l. 11, § 1. D. *de Publ.* VI, 2.

Zur gerichtlichen Geltendmachung des Servitutsrechtes dient die *confessoria in rem actio* (beim Ususfruktus *petitio ususfructus)*. Als Klage aus dem Servitutsrecht ist sie das Gegenstück der *negatoria in rem actio* (§ 57, II.); denn während durch diese der Eigentümer eine Servitutsanmaßung abwehrt, macht durch die *confessoria* der Servitutsberechtigte sein Servitutsrecht geltend *(ius mihi esse eundi agendi in fundo Corneliano* usw.). Kläger ist daher der Servitutsberechtigte. Dieser muß die Zuständigkeit der von ihm behaupteten Servitut beweisen; bei Prädialservituten erfordert dieser Beweis den Beweis seines Eigentums am *praedium dominans.* Beklagter ist jeder, der den Berechtigten in der Ausübung der Servitut beeinträchtigt.

Das Ziel der Klage ist gerichtliche Feststellung des Servitutsrechtes, Herstellung des ihm entsprechenden tatsächlichen Zustandes, eventuell schon im klassischen Recht Schadenersatz und *cautio de amplius non turbando.*

Für die sog. prätorischen Servituten gab es eine *confessoria utilis.* Hatte jemand die Servitut durch Quasitradition erworben, sei es vom *dominus* ohne zivile Form oder überhaupt *bona fide* vom *non dominus,* so fand eine Publizianische *confessoria in rem actio* statt, welche aber wie die im § 58 behandelte Klage nur relative Wirkung hatte. Das Justinianische Recht kennt diese Klage nur im Falle des Erwerbes *a non domino.*

§ 66.

Quasibesitz der Servituten.

l. 20. D. *de serv.* VIII, 1; l. 3. § 13. D. *de vi* 43. 16; l. 7. D. *d. itinere* XLIII, 19; Frag. Vatic. 90; l. 1. pr. § 2. D. *de itin.* XLIII, 19; l. 1. pr. § 4. D. *d. aqua* XLIII, 20; l. 1. pr. D. *de fonte* XLIII, 22.

So wie dem Eigentum der Besitz, so entspricht der Servitut die *iuris quasi possessio.* Diese ist die tatsächliche Ausübung des Servitutsinhaltes als Servitut, d. h. wie ein Recht, wenn auch nicht *opinione iuris.* Wer dagegen z. B. Wasser vom fremden Grundstücke holt, *non tamquam suo iure, sed si prohiberetur non facturus,* der hat keinen Quasibesitz. Auch dieser Servitutenbesitz kann mit oder ohne Recht vorhanden sein. Er spielt eine Rolle bei der Quasitradition und der Ersitzung der Servituten (§ 63). Außerdem gibt es für einzelne Arten des Servitutenbesitzes auch possessorischen Schutz. So die gewöhnlichen possessorischen Interdikte (§ 42), als *interdicta utilia* für die Ausübung des Ususfruktus und des Usus. Ferner das *interdictum de itinere* für die Wegservituten (im Falle der Ausübung in dreißig Tagen während des

letzten Jahres); das *interdictum de aqua* für das *aquam ducere* (bei wenigstens einmaliger Ausübung im letzten Jahre *nec vi, clam, precario* und *bona fide*), das *interdictum de fonte* für den *aquaehaustus* (unter denselben Voraussetzungen).

III. Die Superfizies.

§ 67.

l. 1. pr. § 1, 2, 3, 7, 9, D. *de superf.* XLIII, 18; Bruns p. 284 sq.

Schon früh kam es vor, daß der Staat Privaten *loca publica* mietweise zur Erbauung von Gebäuden auf denselben überließ. Dafür hatten diese den ihnen vom Staate auferlegten Bodenzins, das *solarium (vectigal)*, zu entrichten. Dieses zunächst öffentlich-rechtliche Verhältnis wurde später „im Gedränge der wachsenden Stadtbevölkerung" (wohl schon zur Zeit der Republik) „ins Privatrecht übernommen" und heißt hier Superfizies. Begründet wird es durch den Mietvertrag *(locatio conductio* und deren *leges)*, durch den der Bauplatz vom Eigentümer einem anderen behufs Errichtung eines Gebäudes für immer oder doch für lange Zeit (z. B für neunzig Jahre) gegen Zahlung eines bestimmten Zinses — der auch *solarium* heißt — überlassen wird. Geregelt wurde das Verhältnis der Superfizies durch das prätorische Edikt.

Das Gebäude, welches daraufhin der Bauplatzmieter, d. h. der Superfiziar, auf dem Bauplatze auf seine Kosten erbaut *(aedes — quae in conducto solo positae sunt)* fällt natürlich ins Eigentum des Grundeigentümers (§§ 39, 47), allein der Superfiziar hat das an der Immobilie haftende Sachenrecht, dieses Gebäude je nach der *lex locationis* für immer oder für bestimmte längere Zeit zu benützen und daran die Rechte des Eigentümers auszuüben. Insbesondere darf er das Gebäude mietweise oder unentgeltlich anderen zur Benützung überlassen, dasselbe umbauen, endlich für die Dauer seines Rechtes verpfänden und mit Servituten belasten. Dieses eigentumsähnliche, den Servitutsinhalt überschreitende Benützungsrecht ist außerdem auch noch veräußerlich und vererblich. Es ist die Erbpacht in Anwendung auf Bauplätze.

Sofern sich der Superfiziar im Verhältnis der tatsächlichen Ausübung befindet (Quasibesitz der Superfizies), genießt er possessorischen Schutz durch das *interdictum de superficie* (nach dem Muster des *interdictum uti possidetis*) und das *interdictum de vi.* Außerdem verspricht der Prätor dem Superfiziar *causa cognita* auch eine gegen jeden Dritten gerichtete *actio de superficie (in rem).* Wegen etwaiger Servituten des Superfiziargrundstückes hat er eine *actio confessoria utilis.*

So lange das Superfiziarrecht besteht, tritt das Eigentum praktisch ganz zurück, dauert aber doch fort. Der Eigentümer hat bloß Anspruch auf das

solarium, welches von dem jeweiligen Superfiziar (dem ersten, wie dem späteren Rechtsnachfolger) dem jeweiligen Eigentümer zu entrichten ist und daher als eine mit der Superfizies verknüpfte (Grund-) Last angesehen werden muß. Im Falle der Nichtzahlung kann der Eigentümer gegen jeden Dritten, insbesondere auch gegen den Superfiziar, mit Erfolg die *rei vindicatio* anstellen. Erlöscht die *superficies* durch den Zeitablauf oder sonst so wird das Eigentum frei. Ein Privationsrecht hat der Eigentümer nicht.

Von den Servituten *ususfructus* und *usus aedium, habitatio* (§ 62) unterscheidet sich die Superfizies durch das umfassendere eigentumsähnliche Benützungsrecht, dann durch die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit, von der gewöhnlichen Miete durch die dingliche Wirkung (§ 88).

IV Die Emphyteusis.

§ 68.

Gai. III, 24; D. *si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur* VI, 3; § 3. J. *de loc. et cond.* III, 24; l. 7, § 5. D. *de leg.* I (30).

Erbpachtverhältnisse kennt das römischen Recht auch an landwirtschaftlichen Grundstücken.

In Italien waren es die Stadtgemeinden *(civitates, municipia)*, welche Gemeindeland gegen Entrichtung eines *vectigal*, sei es für immer, sei es für lange Zeit (hundert Jahre) in Erbpacht gegeben haben. Dies war ein Überrest ihrer früheren Souveränität. So lange nun der Stadtgemeinde das festgesetzte *vectigal* ordentlich entrichtet wurde, blieb der Erbzinsmann im Genuß des Grundstückes und wurde seitens des Prätors durch eine besondere Klage: die *actio in rem vectigalis* (welche der *rei vindicatio* nachgebildet war), sowohl gegen die Stadtgemeinde, als auch gegen Dritte geschützt. Infolgedessen hatte er, wie schon Julian anerkennt, ein an der Sache haftendes, also dingliches Recht, welches vererblich und veräußerlich war. Blieb er mit der Zahlung des *vectigal* im Rückstande, so fiel das Grundstück an die Stadtgemeinde heim, welche es als Eigentümerin jetzt mit der *rei vindicatio* an sich ziehen konnte.

Ähnliche Erbpachtverhältnisse bildeten sich in Afrika und später in der östlichen Hälfte des Reiches. Zunächst wurde hier nur ödliegendes kaiserliches Domanialland *(fundi patrimoniales)* zum Zwecke der Urbarmachung und Anpflanzung Privaten gegen Entrichtung eines *canon* in Erbpacht gegeben. Das Verhältnis wurde durch besondere Erbpachtverträge, welche von der kaiserlichen Hausverwaltung geschlossen wurden, geordnet. Dies ist die Emphyteusis. Nach dem Vorbild derselben wurden später solche Verträge über Ödland auch seitens der Kirchen und anderer Großgrundbesitzer geschlossen (doch tauchen Private erst in den Justinianischen Verordnungen als solche Grundherren auf). Auch diese behufs Urbarmachung überlassenen Privatgrundstücke wurden als Emphyteusen be-

zeichnet. Schließlich wurde der Ausdruck Emphyteusis auf alle in Erbpacht gegebenen Ländereien — nicht bloß auf Ödland, sondern auch auf bebautes Land — übertragen und insbesondere auch auf die städtischen *agri vectigales*, soweit sie noch vorhanden waren, angewendet. Die Ausdrücke *emphyteusis*, *ager emphyteuticarius* bedeuten jetzt unterschiedslos jedes ländliche Erbpachtgrundstück. Ein Unterschied zwischen *ager vectigalis* und *emphyteuticarius* besteht jetzt nicht mehr. Auch bei den Emphyteusen kehrt die von Gaius betreffs der *agri vectigales* erwähnte Streitfrage wieder, ob solche Erbpachtverhältnisse noch *locatio conductio* (Pacht) oder schon Kauf sind. Während sich Gaius noch für ersteres entscheidet, erledigte Kaiser Zeno die Frage dahin, daß hier ein besonderes Rechtsgeschäft, der *contractus emphyteuticarius* vorliege, der weder Kauf noch Pacht sei. Demzufolge ist auch das Recht des Erbpächters am Grundstück ein besonderes *ius emphyteuticarium*.

Der Emphyteuta (Erbpächter) hat, obwohl er nicht Eigentümer ist, sondern nur ein *ius in fundo* hat — das durch den *contractus emphyteuticarius* ohne Quasitradition entsteht — das Recht der vollen Ausübung des Eigentumsinhaltes, das Grundstück gehört wirtschaftlich zu seinem Vermögen. Er hat das Recht auf den ganzen Ertrag der Sache, nicht bloß auf die Früchte, erwirbt diesen nach Eigentümerrecht schon durch Separation, darf die Sache (im Unterschied vom Usufruktuar) sogar umgestalten, nur nicht deteriorieren. Er kann sein Recht verpfänden und die Sache für die Dauer seines Rechtes auch mit Servituten belasten. Wie der Eigentümer hat er eine gegen den dritten Besitzer wirkende der *rei vindicatio* nachgebildete Klage, die vorerwähnte *actio in rem vectigalis*, desgleichen eine *negatoria utilis*, und wegen der dem Grundstück zustehenden Prädialservituten noch die *confessoria utilis*, endlich auch die *actio aquae pluviae arcendae* und *finium regundorum*. Befindet er sich in der tatsächlichen Ausübung seines Rechtes, so ist er wie der Eigentümer juristischer Besitzer der Sache (nicht bloß *iuris quasi possessor*) und hat die possessorischen Interdikte des Sachbesitzers (§ 42). Sein Recht ist vererblich und mit einer gleich zu erwähnenden Beschränkung auch veräußerlich.

Dem jeweiligen Eigentümer *(dominus)* gegenüber ist der jeweilige Emphyteuta verpflichtet, jährlich den vertragsmäßigen Zins *(canon)* zu zahlen (auch die öffentlichen Abgaben von der Sache zu entrichten), das Grundstück nicht zu deteriorieren und endlich dem Eigentümer die beabsichtigte Veräußerung der Emphyteusis, unter Bekanntgabe der Verkaufsbedingungen, anzuzeigen. Daraufhin hat der Eigentümer das Recht, die Emphyteusis einzulösen, wodurch sein Eigentum zum vollen Eigentum wird. Macht er davon keinen Gebrauch, so gebühren ihm zwei Prozent des Verkaufspreises. Läßt der Emphyteuta diese Pflichten außer acht, so hat der Eigentümer das Privationsrecht, d. h. ist befugt, den Emphy-

teuta seines Erbpachtes zu entsetzen. Dadurch wird sein Eigentum zur *plena proprietas*.

Der Unterschied der Emphyteuse vom Ususfruktus liegt in dem weitreichenden Nutzungsrecht, dann in der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit. Von der Zeitpacht (§ 88) unterscheidet sie sich dadurch, daß sie ein am Grundstück haftendes Sachenrecht ist, während die Zeitpacht bloß ein Forderungsrecht gegen den Verpächter begründet.

V. Das Pfandrecht.

§ 69.

Begriff und Geschichte.

Bruns p. 251; Gai. II, 59, 60; Paul. *sent.* II, 13, § 3; Cato *de re rust.* 146, 149; Gai, IV. 147; § 7. J. *d. act.* IV, 6; Gai. II, 64; l. 4. D. *de pig.* XX, 1.

I. Das Pfandrecht setzt eine Forderung gegen einen Schuldner (z. B. auf Zahlung von 1000) voraus, zu deren Sicherung es bestimmt ist. Es ist somit ein akzessorisches Recht. Diese Sicherung erfolgt hier nicht mittelst akzessorischer Verpflichtung einer zweiten Person (Bürgschaft § 83, 90, 92), sondern mittelst einer Sache, welche dem Gläubiger, d. i. dem Forderungsberechtigten unmittelbar derart haftbar gemacht wird *(obligatio rei)*, daß er sich nötigenfalls aus derselben bezüglich seiner Forderung bezahlt machen kann. Insofern die fremde Sache dem Gläubiger unmittelbar haftet, dieser behufs Sicherung und Befriedigung eine Verfügungsmacht über dieselbe, namentlich eine Veräußerungsmacht *(ius distrahendi)* hat, ist das Pfandrecht ein Sachenrecht. Dadurch, daß der Gläubiger ein Pfandrecht erhält, verliert er sein Forderungsrecht gegen den Schuldner nicht, er darf sich aus dem Pfand bezahlt machen, muß es aber nicht; obwohl er ein Pfand hat, kann er es vorziehen, sein Forderungsrecht gegen den Schuldner geltend zu machen. Und selbst wenn er sein Pfandrecht ausübt, ist der Fortbestand des Forderungsrechtes für ihn insofern von Bedeutung, als er den aus dem Pfand nicht realisierten Forderungsrest noch immer vom Schuldner beanspruchen kann.

II. Das ältere römische Recht kennt ein Pfandrecht nicht. Wohl aber kennt es Sicherstellung von Forderungen durch Sachen. Nur wurde diese nicht durch ein besonderes, bloß dem Sicherstellungszweck gewidmetes *ius in re aliena* (Pfandrecht) gewährt, sondern durch Ausnützung anderer nicht auf Sicherstellung berechneter Rechtsinstitute angestrebt. Erst später mit dem Aufkommen der Hypothek entsteht das besondere Pfandrecht.

A. Die älteste Art der Realsicherstellung einer Forderung erfolgte durch ein Geschäft, das als *fiducia cum creditore contracta* bezeichnet wird. Wer dem Gläubiger Sicherstellung durch eine Sache geben wollte,

der manzipierte ihm diese Sache *nummo uno* (§§ 51, 52), oder übertrug sie ihm durch *in iure cessio*, beides aber *fiduciae causa* d. h. bloß zu treuen Händen. Einer solchen *mancipatio* oder *in iure cessio* lag nämlich ein *pactum fiduciae* zu Grunde, dahin gehend, daß dem Gläubiger das Eigentum der Sache nicht definitiv (materiell), sondern nur sicherstellungsweise (formell) übertragen werde. Der Gläubiger soll Eigentümer werden, aber doch nur zu Sicherstellungszwecken, daher soll er nach Bezahlung oder sonstiger Tilgung seiner Forderung das Eigentum der Sache wieder an den Verpfänder remanzipieren. Auf dieses *pactum* hin erfolgt dann die *mancipatio* oder *in iure cessio*, u. zw. so, daß in dem Solennitätsakt nur die *causa fiduciae* (die Fiduziarklausel) hervorgehoben wurde. Bei der *mancipatio* geschah dies in der *nuncupatio (— fidi fiduciae causa* § 51; *— ob HS X milia)*, bei der *in iure cessio* wohl in der *vindicatio* (*hanc rem ex J. Q. meam esse aio fidi fiduciae causa* § 52). Der volle Inhalt des *pactum* wurde dann gewöhnlich in die über den Solennitätsakt errichtete Geschäftsurkunde (Manzipationsurkunde § 51) aufgenommen. Durch diese *mancipatio* oder *in iure cessio* erlangte der Gläubiger das Eigentum der Sache; darin daß er dieses erst nach Tilgung der Forderung zurückzuübertragen verpflichtet war, daß also der Schuldner zahlen mußte, wenn er das Eigentum wieder erlangen wollte, lag die Sicherung seiner Forderung. Diese Remanzipationsverpflichtung war aber nur eine obligatorische des Gläubigers. Veräußerte der Gläubiger die Sache in der Zwischenzeit, so war dies giltig, denn er war Eigentümer. Zahlte jetzt der Verpfänder seine Schuld, so konnte er die Sache vom Dritten doch nicht in Anspruch nehmen, da dieser sie ja vom Eigentümer (Gläubiger) erworben hatte; er konnte nur gegen den ihm zur Remanzipation verpflichteten Gläubiger mit der *actio fiduciae (directa)* auftreten. Fand der Richter, daß dieser das *pactum fiduciae* mißachtet, dem Verpfänder die Treue gebrochen, nicht so *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* gehandelt habe, so verurteilte er ihn. Dadurch ward der Gläubiger infam (§ 35), der Verpfänder erhielt Schadenersatz, nicht aber die Sache, welche der Dritte rechtsgiltig erworben hatte. Insofern ist das Ganze ein Treuverhältnis und für den Verpfänder mit einem Risiko verbunden. Aber auch wenn der Gläubiger die Sache nicht veräußert hat, fällt mit der Bezahlung seiner Forderung das Eigentum der Sache doch nicht *ipso iure* an den Verpfänder zurück, sondern muß diesem erst durch *remancipatio* zurück übertragen werden. Auch deshalb kann er nur die *actio fiduciae* gegen den Gläubiger anstellen. Wird ihm die Sache von diesem nur zurückgegeben (tradiert), so genügt das bei *res mancipi* nicht. Trotz dieser Tradition bleibt der Gläubiger noch so lange quiritischer Eigentümer, bis der Verpfänder die jetzt in seinem Besitz befindliche Sache usukapiert hat. Diese Rückusukapion des *fiduciae causa* übertragenen Eigentums ist die *usureceptio*. Da es sich bei ihr nur um den Rückerwerb bloß an-

vertrauten (formellen) Eigentums handelt, so ist sie wesentlich erleichtert. Ist nämlich die Schuld bereits bezahlt, so kommt es hiebei auf eine Qualifikation des Besitzes gar nicht an, genug daß der Verpfänder die Sache faktisch hat, wäre es auch nur als Detentor, z. B. als Mieter vom Gläubiger. Ist die Schuld dagegen noch nicht bezahlt, so wird nur gefordert, daß der Verpfänder die Sache vom Gläubiger weder mietweise, noch prekaristisch erhalten hat. Niemals wird diese *usureceptio* durch die *conscientia rei alienae* ausgeschlossen und wird stets auch bei unbeweglichen Sachen mit Ablauf eines Jahres vollendet.*)

B. Wie ersichtlich, war diese Sicherstellung durch *fiducia* zwar für den Gläubiger vorteilhaft, für den Schuldner dagegen gefährlich. Dieser war nur an die Treue des Gläubigers gewiesen; wurde dieser treubrüchig, veräußerte er die Sache, belastete er sie als Eigentümer mit Servituten, so hatte der Verpfänder keine Klage, mit der er gegen den dritten Erwerber hätte auftreten können. Dazu kam noch, daß die *fiducia*, als *civile negotium* auf Bürger und Latinen beschränkt, im internationalen Verkehre nicht zu brauchen war. Deshalb kam neben der *fiducia* frühe eine andere Verpfändungsart auf, die darin bestand, daß der Verpfänder nicht das Eigentum,sondern nur den Besitz der (beweglichen oder unbeweglichen) Sache an den Gläubiger übertrug, und zwar so, daß dieser den Schutz durch die possessorischen Interdikte erlangt, also, obwohl sein *animus possidendi* kein *animus domini* ist, doch juristischer Besitzer der Sache wird (§ 42). Dies ist das *pignus* (Besitzpfand). Im Übrigen ist dieses schon im *foedus Latinum* erwähnte Verpfändungsgeschäft analog der *fiducia* konstruiert, nur daß an Stelle des Eigentums der Besitz tritt. Auch hier soll der Gläubiger so lange Besitzer bleiben, bis seine Forderung bezahlt oder sonst getilgt ist. Geschieht das, so ist er jetzt zur Rückstellung des Besitzes an den Verpfänder verpflichtet, der diesbezüglich gegen ihn mit der *actio pigneraticia (directa)* auftreten kann (§ 85). Außerdem kann dieser aber jetzt, wenn er Eigentümer dieser Sache ist, auch von seiner *rei vindicatio* Gebrauch machen und die Sache vom bezahlten Gläubiger oder auch von dem Dritten, der sie hat, zurücknehmen.

*) Neben der *fiducia cum creditore* erwähnt Gaius noch die *fiducia cum amico contracta*. Fiduziarische Manzipation und *in iure cessio* konnte nämlich nicht nur pfandweise, sondern auch zu anderen Zwecken erfolgen, z. B. zur Begründung eines Depositums (§ 85), indem der Deponent behufs sicherer Unterbringung seiner Sache den Depositar zum Eigentümer macht; anläßlich eines Mandats (Auftrags, § 90), indem der Auftraggeber z. B. den mit Veräußerung seiner Sache Beauftragten behufs besserer Durchführbarkeit dieses Auftrages das Eigentum der Sache überträgt. Auch in diesen Fällen ist der Erwerber an das *pactum fiduciae* gebunden, welches auch hier durch *actio fiduciae (directa)* geschützt wird. Auch hier findet ferner *usureceptio* (ohne *bona fides* mit Ablauf eines Jahres) statt, wenn der Deponent, Auftraggeber irgendwie wieder zur Sache gekommen ist. — Andere Anwendungen der *fiducia* sind die *mancipatio sub fiducia manumissionis* und *remancipationis* bei Sklaven und Hauskindern (§ 116 *B*), ferner auch die *coemptio fiduciae causa* (§ 107 II) u. a. — Eine Tradition (§ 53), *fiduciae causa* kennt das römische Recht nicht.

Anderseits hat der Gläubiger ein gegen jeden Dritten wirkendes Rechtsmittel nicht, er hat kein Recht an der Sache (verliert er dieselbe, so hat er nur die possessorischen Interdikte, allenfalls die Diebstahlsklage, § 94), kann ferner die Sache ohneweiters nicht verkaufen, sondern ist nur auf den juristischen Besitz und auf den indirekten Zwang beschränkt, der dem Verpfänder gegenüber in der Vorenthaltung der Sache gelegen ist. Liegt daher dem Schuldner an der Sache nichts, so wird er sie nicht einlösen, und das *pignus* hat für den Gläubiger keine Bedeutung.

C. Neben diesen Verpfändungsgeschäften der *fiducia* und des *pignus*, welche Eigentum und Besitz zu Sicherstellungszwecken verwenden, bildete sich (ob schon nach dem zweiten punischen Krieg oder erst gegen das Ende der Republik muß dahin gestellt bleiben) eine dritte Sicherstellungsart heraus, die darin bestand, daß ohne Eigentums- oder Besitzesübertragung Verpfänder und Gläubiger einen formlosen Vertrag des Inhalts schlossen, daß gewisse Sachen für die Forderung als Pfand haften sollen. Ein solcher Vertrag hatte nach *ius civile* keine Wirkung, wurde aber vom Prätor wirksam gemacht. Dies geschah zuerst nur für den Fall des Pachtes von *praedia rustica*. Schon zu Cato des Älteren Zeit war es üblich, daß der Pächter *(colonus)* gleich beim Abschluß des Pachtvertrages sein Wirtschaftsinventar, das er auf das Grundstück mitbringt (die sog. *invecta, illata et inducta*), darunter namentlich *pecus* und *familia*, dem Verpächter für die Zahlung des Pachtzinses verpfändete. Diese formlose Verpfändungsklausel wurde mit dem *inferre, invehere* und *inducere* der Objekte perfekt. Solange der Pächter seine Verbindlichkeiten gehörig erfüllte, blieb er im Besitz und Genuß dieser Objekte, zahlte er dagegen nicht rechtzeitig, so konnte sich jetzt der Verpächter auf Grund des erwähnten Verpfändungsvertrages in den Besitz dieser Pfandobjekte setzen. Hinderte ihn der Pächter daran, so gab ihm der Prätor das (vermutlich prohibitorische) *interdictum Salvianum*. Dieses *interdictum adipiscendae possessionis* konnte der Verpächter aber wahrscheinlich nur gegen den *colonus* anstellen, gegen den Dritten, in dessen Hand der Pächter mittlerweile die Pachtobjekte gebracht hatte, ging es nicht. Ein späterer Prätor half hier nach, indem er zu Gunsten des Verpächters auf Grund obigen Vertrages noch eine gegen jeden dritten Besitzer anstellbare *in rem actio* im Edikt proponierte, welche als *actio Serviana* bezeichnet wird. Dadurch hatte diese formlose Verpfändungsklausel des Pachtvertrages betreffs der *invecta, illata, et inducta* dingliche (sachenrechtliche) Wirkung erlangt.

Die weitere Entwicklung war dann die, daß das prätorische Edikt einem solchen formlosen Verpfändungsvertrag später allgemein, auch über den Fall des Pachtes hinaus, Geltung beilegte, indem es in allen Fällen, das Pfandobjekt mochte beweglich oder unbeweglich sein, daraufhin eine der *Serviana actio* nachgebildete, gegen jeden Dritten wirkende Klage gewährte. Diese ist die *Serviana in rem actio utilis* oder die *hypothecaria*

in rem actio (auch *pigneraticia in rem actio* genannt). Dadurch hatte der formlose Pfandvertrag allgemein dingliche Wirkung erlangt. Erst hiemit war das besondere dingliche Recht geschaffen, welches nur Sicherstellungszwecken gewidmet ist, nämlich das Pfandrecht. Dies ist die Hypothek, welche, wie schon der Name andeutet, wohl in Anlehnung an das griechische Recht gebildet war (für die griechischen Teile des Reiches erwähnt bereits Cicero *ὑποθήκας*). Sie war persönlich nicht auf Bürger und sachlich nicht auf solche Objekte beschränkt, die des *ius civile* fähig waren, konnte mit a. W. Peregrinen zustehen und auch an *praedia provincialia* vorkommen. Durch die im Edikt proponierte *hypothecaria in rem actio* konnte sich der Gläubiger, obwohl er durch die Verpfändung weder das Eigentum, noch den Besitz erlangt hatte, doch nach Fälligkeit der Forderung nachträglich den Besitz der Pfandsache nicht bloß vom Verpfänder sondern auch von jedem Dritten verschaffen. *Si paret inter* A^m A^m (Gläubiger) *et L. Titium* (Verpfänder) *convenisse, ut ea res. q. d. a.* A^o A^o *pignori hypothecaeve esset propter pecuniam debitam eamque rem tunc cum conveniebat in bonis L. Titii fuisse, eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse, neque per* A^m A^m *stare, quominus solvatur* — sollte der Richter laut dieser Formel den beklagten Besitzer N^s N^s zur Herausgabe des Pfandobjektes verhalten, beziehungsweise wenn er es nicht herausgab, auf dessen Geldwert verurteilen. Selbstverständlich fand diese Klage, wie aus vorstehendem Blanquett ersichtlich ist, auch im Falle des *pignus* (falls der Besitz der Pfandsache in dritte Hand gekommen war) Anwendung, da ja auch hier ein Verpfändungsvertrag vorliegt. Das *pignus* ist jetzt nichts als eine qualifizierte Hypothek, nämlich Hypothek mit gleichzeitiger Besitzesübertragung.

Allein noch ist das Pfandrecht nicht fertig. Zwar kann sich jetzt bereits der Gläubiger auf den bloßen Verpfändungsvertrag hin den Besitz der Sache verschaffen, hat er diesen jedoch erlangt, so ist er im Wesen nur auf die Stellung beschränkt, die ihm das *pignus* vom Moment seiner Bestellung an gewährt. Ein Recht, sich aus der Sache durch Veräußerung derselben bezahlt zu machen, hat er an und für sich auch bei der Hypothek noch nicht. Das mußte ihm vorerst noch besonders eingeräumt sein. Schon bei der *fiducia* waren solche ihm Befriedigung aus der Sache, insbesondere durch Veräußerung, gestattende *pacta* gewöhnlich. Der Gläubiger wurde dadurch ermächtigt, die Sache im Falle der nicht rechtzeitigen Bezahlung einfach an Zahlungsstatt für sich zu behalten *(lex commissoria)*, oder selbe zu verkaufen und sich aus dem Erlös zu befriedigen. Gleiche Verabredungen kamen beim *pignus* vor, insbesondere war es da wie dort üblich, ihm Befriedigung aus dem etwaigen Fruchtertrag zu gestatten. Durch solche *pacta* wurde das persönliche Verhältnis des Gläubigers zum Verpfänder modifiziert; die innerhalb der Grenzen des *pactum* sich haltende Veräußerung war kein Treubruch, seine Verpflichtung ging nur mehr auf Herausgabe des

Überschusses. Aber auch bei der Hypothek mußte, wie aus Gaius ersichtlich ist, ursprünglich ein solches Recht zur Befriedigung aus der Sache, insbesondere das Veräußerungsrecht, besonders bedungen sein. So noch zu Labeo's und Javolen's Zeit. Erst die klassischen Juristen sahen es als selbstverständlich, als sog. *naturale negotii*, an und stellten schließlich den Satz auf, daß sogar ein *pactum de non distrahendo* dem Gläubiger das *ius distrahendi* nicht entziehe, sondern nur erschwere (§. 71). Seitdem ist das *ius distrahendi* ein *essentiale negotii*, d. h. gehört zum wesentlichen Inhalt des Pfandrechtes, womit die Entwicklung abgeschlossen ist, deren Ergebnis wir oben in der Begriffsbestimmung des Pfandrechtes antizipiert haben.

Bis jetzt haben wir immer Sachen als Pfandobjekte vorausgesetzt. Dabei blieb man aber nicht stehen. Nach Ausbildung der Hypothek wurde auch Verpfändung von Rechten, insbesondere von Forderungen *(nomina)* zugelassen. Schließlich hat man auch Generalhypotheken, d. h. Collektivverpfändungen des ganzen (gegenwärtigen und künftigen) Vermögens zugelassen, durch welche pfandrechtliche Haftungen aller einzelnen Aktiva mit Ausnahme derer entstehen, *quae verisimile est, quemque specialiter obligaturum non fuisse.*

Trotz der Hypothek blieb in beiden Reichshälften die *fiducia* noch lange in Anwendung, noch im fünften Jahrhundert n. Chr. wird sie erwähnt. Im Justinianischen Recht kommt sie nicht mehr vor, hier ist jede Erwähnung derselben ausgemerzt. Dieses Recht kennt nur mehr Hypothek und *pignus* in dem oben geschilderten Verhältnis.

§ 70.

Entstehung des Pfandrechtes.

l. 5, § 2. l. 9, § 1. l. 6, l. 4, l. 13, § 2. l. 18. l. 7. pr. D. *de pig.* XX, 1; l. 4. D. *in q. causis.* XX. 2; l. 12. D. *de alim leg.* XXXIV, 1.

Damit ein Pfandrecht (Hypothek) entstehe, muß folgendes vorliegen:

1. Eine Forderung (§ 74 fg.), deren Sicherung das Pfandrecht bezweckt.

2. Ein taugliches Pfandobjekt. Seitdem das *ius distrahendi* zum *essentiale* des Pfandrechtes geworden ist, gilt der Satz: *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest.* Verpfändbar sind somit Sachen aller Art *in commercio*, Rechte, sofern sie veräußerlich sind: Superfizies, Emphyteusis, der Ususfruktus der Ausübung nach, ebensowohl auch *habitatio* und *operae servorum* (§ 62) (nicht Prädialservituten), endlich auch Forderungen. Sofern das Pfandrecht *res incorporales* (§ 38) zum Gegenstand hat, ist es kein Sachenrecht mehr.

3. Ein Entstehungsgrund. Als solcher kommt nach Vollendung der Pfandrechtsentwicklung in Betracht:

a) Der früher erwähnte formlose Verpfändungsvertrag *(pactum hypothecae).* Schriftlichkeit oder Publizität desselben wird nicht gefordert. Ein solcher Verpfändungsvertrag begründet dann ein Pfandrecht, wenn Sachen vom Eigentümer (nach klassischem Recht von dem, der sie *in bonis* hat § 44), verpfändbare Rechte vom Berechtigten, verpfändet werden.*) Verpfändung durch den Nichtberechtigten erzeugt kein Pfandrecht, nur wenn der *bonae fidei possessor* die Sache verpfändet, erlangt der Pfandgläubiger wenigstens ein relatives Recht, indem seine *hypothecaria actio* gegen dieselben Personen wirkt, gegen welche sein Verpfänder mit der *Publiciana in rem actio* durchdringen würde (§ 58). Außer durch Vertrag kann ein pfandrechtliches Verhältnis auch noch im Wege eines Vermächtnisses (Fideikommisses § 150) in Verbindung mit der. daraufhin erfolgenden prätorischen *missio in rem* begründet werden.

b) Obrigkeitliche Verfügung. Darauf beruhen die pfandähnlichen Verhältnisse des *pignus praetorium* und des *pignus in causa iudicati captum.* Ersteres setzt Erteilung einer *missio in possessionem* seitens des Magistrats und Vollzug derselben seitens der Partei voraus. Ein Beispiel einer solchen ist die *missio rei servandae causa* in das Vermögen des *debitor latitans* oder *condemnatus* behufs Sicherung des Anspruchs des Gläubigers und Vorbereitung der Exekution. Dieses *pignus praetorium* gibt dem Gläubiger nicht juristischen Besitz, sondern nur *custodia* und *observantia rerum,* seit Justinian auch die *hypothecaria actio.* Das *pignus in causa iudicati captum* ist die im Exekutionsverfahren seitens des Magistrates bewilligte und daraufhin vollzogene Pfändung einzelner Vermögensstücke des Schuldners. Dadurch kommen die gepfändeten Sachen in die Detention des Magistrats, der sie nach zwei Monaten im Interesse des Gläubigers öffentlich versteigert und diesen aus dem Erlöse befriedigt.

c) Das Gesetz. Gewisse Forderungsrechte sind in der Art gesichert, daß mit ihnen schon kraft Rechtssatzes, ohne besonderen Bestellungsakt, zu Gunsten des Gläubigers ein Pfandrecht an Sachen des Schuldners verbunden ist. Dieses ist das gesetzliche Pfandrecht *(hypotheca tacita, pignus tacitum).* Es umfaßt entweder bloß einzelne Vermögensstücke (gesetzliches Spezialpfandrecht) oder das ganze Vermögen des Schuldners (gesetzliche Generalhypothek). Beispiele gesetzlicher Spezialhypotheken sind: das durch die Praxis geschaffene Pfandrecht des Vermieters eines *praedium urbanum* an den *invecta et illata* des Mieters wegen dessen Verbindlichkeiten aus dem Mietvertrag; das Pfandrecht des Verpächters eines *praedium rusticum* an den Früchten des Pfandobjektes (dieses entsteht natürlich erst mit der Separation der Früchte §§ 39, 49). Beispiele gesetzlicher Generalhypotheken, welche durchgehends auf kaiserlicher Gesetzgebung beruhen,

*) Verpfändungsbefugnis bezüglich der Pfandsache hat auch der Pfandgläubiger, aber nur innerhalb der Grenzen seines Pfandrechtes. Diese Verpfändung begründet das *subpignus* oder Afterpfand.

sind: das Pfandrecht des Fiskus an dem Vermögen seines Schuldners, der Ehefrau wegen der Dos an dem Vermögen des Mannes (§ 110), des Mündels wegen seiner Forderung aus der Vormundschaft an dem Vermögen des Vormunds (§§ 120, 123); vergl. S. 235 Note *).

§ 71.

Inhalt des Pfandrechtes.

l. 16, § 3. l. 18. D. *de pig.* XX, 1; l. 12. pr. D. *qui pot.* XX, 4; l. 46. D. *d. A. R. D.* XLI, 1; l. 6. C. *si al. res.* VIII, 15; l. 4. C. *de distr.* VIII, 27; l. 3. C. *de pact pig.* VIII, 34.

I. Ist eine Sache verpfändet, so hat der Pfandgläubiger:

A. Die früher (§ 69) erwähnte *actio hypothecaria.* Diese ist eine *vindicatio pignoris* und kann, wie die *rei vindicatio,* gegen jeden Besitzer (§ 56, auch gegen den besitzenden Eigentümer) und gegen die sog. *ficti possessores* (§ 57) angestellt werden.

1. Sie setzt voraus: *a)* Verpfändung der Sache durch den, zu dessen Vermögen dieselbe im Augenblick der Verpfändung gehörte (§ 69). Die Formel der Klage erwähnt nur den Verpfändungsvertrag (§ 69: *convenisse*); liegt ein anderer Entstehungsgrund des Pfandrechtes vor, so fand entsprechende Modifikation der Formel statt. *b)* Fälligkeit der Forderung, für welche das Pfand bestellt ist, und Nichtbefriedigung derselben (§ 69).

2. Sie ist gerichtet auf Herausgabe der Pfandsache an den Kläger, beziehungsweise auf Verurteilung des Beklagten zur Leistung der *litis aestimatio* (§ 69), und nicht etwa auf Zahlung der Pfandschuld. Doch kann Beklagter die *hypothecaria in rem actio* durch Oblation der Pfandsumme zurückschlagen. Hat der Beklagte ein besseres Pfandrecht (§ 72) an der Sache, so schützt er sich durch eine *exceptio.* Dagegen bietet das Eigentum gegen die Klage natürlich keinen Schutz.

B. Durch die *hypothecaria in rem actio* verschafft sich bei der bloßen *hypotheca* der Gläubiger, der nicht bezahlt worden ist, den Besitz der Pfandsache und setzt sich dadurch tatsächlich in Stand, dieselbe behufs Realisierung seiner fälligen Forderung zu verkaufen. Beim *pignus* ist der Gläubiger schon von der Bestellung an Besitzer der Pfandsache, braucht daher die *hypothecaria actio* nur dann, wenn er den Besitz verloren hat und dieser in die Hand eines Dritten gekommen ist.

Betreffs der Ausübung des *ius distrahendi,* das zum *essentiale* des Pfandrechts geworden ist, gilt folgendes:

1. Das Verfahren beginnt nach Fälligkeit der Forderung mit der *denuntiatio* an den Verpfänder (Eigentümer): *ut pignus luat, ne res distrahatur.* Im Falle eines *pactum de non distrahendo* ist dreimalige *denuntiatio* in angemessenen Fristen notwendig (§ 69).

2. Nach Ablauf von zwei Jahren kann dann der Verkauf selbst vorgenommen werden. Verkäufer ist der Gläubiger, dieser überträgt kraft seines Pfandrechtes (§ 53) dem Käufer das Eigentum an der Sache durch Tradition (bei *res mancipi* nur bonitarisches Eigentum), und zwar so, wie es der Verpfänder im Augenblicke der Verpfändung hatte (sind bloß Rechte verpfändet, so überträgt er das bezügliche Recht: Superficies, Emphyteusis, Ausübung des Ususfruktus usw.). Beim Verkauf hat er *bona fide* vorzugehen. Aus dem Kaufpreis macht er sich bezüglich seiner Pfandforderung bezahlt, den Überschuß *(hyperocha, superfluum)* gibt er dem Verpfänder (Eigentümer) heraus (§ 72). Findet sich kein Käufer, so kann der Gläubiger durch kaiserliches Reskript sich die Sache nach einer gerichtlichen Schätzung auf Abschlag seiner Forderung zuschlagen lassen *(ius impetrandi dominium)*. Die früher häufige *lex commissoria* (§ 69) ist seit Konstantin bei Pfändern verboten.

Zu bemerken ist noch, daß das Pfandrecht im Unterschiede von den übrigen *iura in re aliena* ein Nutzungsrecht nicht gibt. Besitzt der Gläubiger die Sache und ist diese fruchttragend, so ist er allerdings verpflichtet, Früchte zu ziehen, muß diese jedoch (auch bei der *fiducia*) von der Forderung abrechnen, und den etwaigen Überschuß herausgeben. Ausnahmen treten ein: Wenn ihm durch besonderes *pactum antichreticum (ἀντίχρησις)* die Früchte statt der bedungenen Zinsen zugewiesen sind. Dann behält er die Früchte (gleichviel ob viel oder wenig) statt der Zinsen; weiter im Fall der *antichresis tacita,* welche darin besteht, daß der Gläubiger einer unverzinslichen Forderung von dem in seinem Besitz befindlichen Pfand Früchte bis zum Betrag der gesetzlichen Zinsen entnehmen darf.

Einen Quasibesitz des Pfandrechtes gibt es nicht. Ein tatsächliches Verhältnis zur Sache besteht beim *pignus,* nicht bei der *hypotheca;* bei letzterer kommt es zu einem solchen erst dann, wenn der Gläubiger später durch die *hypothecaria in rem actio* sich den Besitz der Sache verschafft hat. In beiden Fällen ist das aber Sachbesitz (§ 42), nicht *iuris quasi possessio.* Auch eine Ersitzung des Pfandrechtes kennt das römische Recht nicht, hauptsächlich wohl deswegen, weil das römische Pfandrecht gar nicht als ein auf Dauer berechnetes Verhältnis gedacht ist.

II. Sind Rechte verpfändet, so hat der Pfandgläubiger:

1. nicht die *actio hypothecaria,* sondern eine der Beschaffenheit des verpfändeten Rechtes angepaßte *utilis actio,* z. B. bei Verpfändung des Ususfruktus eine *confessoria a. utilis,* bei Verpfändung einer Forderung die aus derselben resultierende Klage als *utilis* (z. B. *actio emti utilis**);

---

*) Treibt er die verpfändete Forderung bei, so ist zu unterscheiden. War diese auf Geld gerichtet, so wird er sich aus der beigetriebenen Geldsumme bezahlt machen und den Rest an den Verpfänder herausgeben; ging sie auf Leistung einer Sache, so

2. das *ius distrahendi;* Objekt der *distractio* ist aber hier nicht die Sache sondern das verpfändete Recht, z. B. die Ausübung des Ususfruktus, das Superfiziarrecht, die verpfändete Forderung.

§ 72.

Mehrheit der Pfandrechte

l. 11, pr. § 1, 4; l. 5, 6. D. *qui pot.* XX, 4; l. 5 pr. D. *d. distr. pig.* XX, 5.

Ein und dasselbe Pfandobjekt kann für mehrere Forderungen verpfändet sein. Im Falle einer solchen Mehrheit von Pfandrechten wird sich gewöhnlich eine Rangordnung (Priorität) der mehreren Pfandrechte ergeben, das eine Pfandrecht wird dann dem anderen vorgehen. In der Regel richtet sich die Priorität nach dem Satze: *prior tempore potior iure,* das früher begründete Pfandrecht geht dem später begründeten vor. In der Kaiserzeit wurde jedoch dieser Grundsatz durch besondere Pfandprivilegien durchbrochen (zu Gunsten des Fiskus, ferner wegen *versio in rem* zu Gunsten dessen, der zur Erhaltung der Sache Geld hergeliehen hat, usw.). Solche privilegierte Pfandrechte gehen dann auch als später begründete (jüngere) den älteren vor.

Der nachstehende Pfandgläubiger *(posterior creditor)* hat:

1. ebenfalls die *actio in rem hypothecaria;* stellt er selbe jedoch gegen den vorhergehenden *(prior creditor)* an, so weist ihn dieser mit der *exceptio* seines besseren Pfandrechtes zurück. Dagegen hat der *posterior creditor*

2. nicht das *ius distrahendi;* dieses hat nur der *prior creditor;* der nachfolgende hat bloß Anspruch auf den Rest des Kaufpreises *(hyperocha),* der nach voller Befriedigung des vorgehenden übrig bleibt. Doch kann er den *prior creditor* durch Oblation des ganzen Betrages der Pfandforderung abfinden *(ius offerendi),* dadurch tritt er bezüglich des offerierten Betrages an die Stelle des *prior creditor* und erlangt auch das *ius distrahendi.* Seine ursprüngliche Pfandforderung bleibt natürlich in ihrer Rangordnung.

§ 73.

Erlöschung des Pfandrechtes.

l. 6. pr. D. *de pig.* XX, 1; l. 9, § 3. D. *de pig. act.* XIII, 7; l. 1. C. *si antiq.* VIII, 19; l. 1. C. *si adv. cr.* VII, 36; l. 29. D. *de pig. act.* XIII, 7.

Das Pfandrecht erlischt:

A. Durch Tilgung der Pfandschuld. Solange die Pfandschuld, z. B. durch Bezahlung, nicht ganz getilgt ist, bleibt das Pfandrecht für den Forderungsrest aufrecht.

---

erlangt er durch die Beitreibung ein Pfandrecht an dieser (Sachenpfandrecht), während das Eigentum dem Verpfänder erworben wird.

B. Durch *distractio pignoris* seitens des *prior creditor* (§ 71, 72). Die nachfolgenden Pfandgläubiger haben jetzt nach Maßgabe ihrer Rangordnung nur das Recht auf die *hyperocha.* (Bleibt nach Befriedigung des letzten noch etwas übrig, so ist dieses dem Verpfänder herauszugeben, § 71). Der Verkauf des Pfandobjektes durch den Eigentümer behebt dagegen das Pfandrecht nicht, der Käufer erwirbt in diesem Falle die Sache so, wie sie der Verkäufer hatte: belastet mit den Pfandrechten.

C. Durch Erlöschungsgründe, welche dem Pfandrecht mit anderen *iura in re* gemeinsam sind, und zwar:

1. Durch Untergang des Pfandobjektes (der Sache, des verpfändeten Rechtes).

2. Durch vertragsmäßigen Verzicht *(remissio pignoris),* der ausdrücklich oder auch stillschweigend (z. B. durch Gestattung der Weiterverpfändung der Sache) erfolgen kann.

3. Durch *confusio,* d. h. dadurch, daß Pfandrecht und Eigentum der Sache in derselben Person (z. B. infolge Erbgangs) zusammentreffen; Niemand kann an eigener Sache ein Pfandrecht haben (§ 60). Endlich

4. durch Verjährung, und zwar durch *praescriptio longi temporis* (§ 56, II), wenn der Eigentümer oder Usukapionsbesitzer die Sache zehn oder zwanzig Jahre hat, ohne vom Pfandrecht zu wissen. Daraufhin kann der Präskribent die Sache vom Pfandgläubiger, wenn er den Besitz an diesen verloren hat, vindizieren. Verschieden hievon ist die Verjährung der *hypothecaria in rem actio,* welche gegen den Besitzer der Pfandsache dreißig, wenn er Schuldner ist, vierzig Jahre beträgt (§ 165).

Viertes Buch.

Obligationenrecht.

§ 74.

Wesen der Obligation.

J. *de obliq.* III, 13; l. 3, pr. D. *de O. et A.* XLIV, 7.

Neben das Sachenrecht, und zwar schon in seinen ältesten Arten: Eigentum und Servituten, treten auf einer höheren Stufe der Rechtsbildung im Gebiete des Vermögensrechtes die mannigfaltigen Gebilde, die wir als Forderungsrechte bezeichnen. Das Wesen des entwickelten Forderungsrechtes besteht darin, daß eine Person, der Gläubiger *(creditor),* berechtigt ist, von einer anderen Person, dem Schuldner *(debitor),* eine Leistung zu fordern, weil diese aus besonderem Grunde ihr zu derselben verpflichtet ist. Treffend wird die Obligation definiert als *iuris vin-*

culum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura. Es ist das Bild des Gebundenseins, welches in dieser Definition, wie auch schon im Worte *obligatio,* hervortritt. Das Forderungsrecht ist nur ein Verhältnis der Person zur Person und nicht unmittelbar zu einer Sache, wie das Sachenrecht (§ 40). Während dieses an der Sache haftet und daher gegen Jeden geltend gemacht werden kann, der die Sache hat, kehrt sich das Forderungsrecht nur gegen die Person des Schuldners und kann daher nur gegen diesen, nicht auch gegen Andere verfolgt werden. Es ist somit kein absolutes, durch *actio in rem* verfolgbares, sondern nur ein relatives, durch *actio in personam* geltend zu machendes Recht (§ 161).

Die Obligation hat den Zweck, dem Gläubiger eine Leistung zu verschaffen, zu diesem Behufe, als Sicherung und Vorstadium des Bekommens, wird eine andere Person, der Schuldner, verpflichtet, die bezügliche Leistung in das Vermögen des Gläubigers zu bringen. Ist das Schuldobjekt eine Sache, so soll der Schuldner, je nach Inhalt der Obligation den Gläubiger zum Eigentümer, Besitzer usw. machen. Dieser hat gegen den Schuldner eine Forderung auf Eigentums-Besitz-Übertragung usw., ist aber kraft dieser Forderung selbst noch nicht Eigentümer, Besitzer usf. Denn wie Paulus sagt: *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum.* Das Forderungsrecht gibt dem Gläubiger nur einen persönlichen Anspruch gegen den Schuldner, darauf gerichtet, ihm die Sache zu verschaffen. Sobald dies geschehen ist, der Gläubiger mit a. W. der Obligation gemäß zum Eigentümer, Besitzer usw. gemacht worden ist, hat die Obligation ihren Zweck erfüllt und erlischt. Die Obligation ist daher ihrem Wesen nach auf künftige Erfüllung angelegt, denn sie wird begründet, damit sie erfüllt und dadurch aufgehoben werde. Sie ist sonach kein ewiges Recht, wie Eigentum und Prädialservituten, sondern nur eine zeitliche Gebundenheit des Schuldners, welche durch die Erfüllung ihre natürliche Lösung *(solutio)* findet.

Jede Obligation besteht aus dem Forderungsrecht und der Schuld, diese sind die zwei Seiten des einen Verhältnisses; keine Forderung ohne Schuld und keine Schuld ohne Forderung. Als Forderung ist die Obligation ein Activum im Vermögen des Gläubigers, als Schuld ein Passivum im Vermögen des Schuldners. Der Wert der Forderung ist nicht identisch mit dem Werte des Schuldobjektes, sondern wird beeinflußt von der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit, das Schuldobjekt wirklich zu bekommen, was wesentlich von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners abhängig ist.

Die Obligation begründet keine rechtliche Herrschaft des Gläubigers über die Person des Schuldners, dieser ist dem Gläubiger nicht subordiniert, sondern koordiniert, die Schuld ist keine rechtliche Untertänigkeit, sondern

nur ein rechtlich erzwingbares Sollen eines Gleichen dem Gleichen gegenüber. Da aber das dem Forderungsrecht immanente Zwangsrecht in alter Zeit dem Schuldner an Leib und Leben ging (§ 159 *B*), so konnte die Durchführung desselben in letzter Instanz allerdings eine Unfreiheit des Schuldners zur Folge haben. Seitdem aber diese Personalexekution durch die Vermögensexekution verdrängt worden ist, ist das ausgeschlossen und führt die gegen den Schuldner geltend gemachte Forderung nur zur Exekution in das jeweilige Vermögen desselben.

§ 75.

Gegenstand der Obligation.

l. 2. pr. D. *de V. O.* XLV, 1; l. 72. pr. l. 74. l. 75. pr. § 1 sq. D. *eod.*

Gegenstand einer Obligation (Objekt der Forderung, beziehungsweise Schuld) kann sein die Leistung einer Sache oder ein Tun oder auch ein bloßes Unterlassen des Schuldners. Ausgeschlossen ist nur Unmögliches *(impossibilium nulla est obligatio)*, und zwar physisch Unmögliches, z. B. Leistung einer bereits untergegangenen Sache, wie rechtlich Unmögliches, z. B. Leistung einer *res sacra* und Verbotenes, z. B. Verübung eines Verbrechens. Immer muß aber der Leistungsgegenstand, um juristisch Schuldgegenstand sein zu können, für den Gläubiger einen Vermögenswert haben. Was in keiner Weise durch eine Geldleistung vertreten werden kann, kann rechtlich auch nicht geschuldet werden.

Im Sinne der Römer sind die Obligationen gegenständlich auf ein *dare* oder ein *facere* oder auf beides *(dare facere)* gerichtet. *Dare* in diesem Sinne bedeutet Verschaffung des Eigentums oder eines auf dem *ius civile* beruhenden *ius in re aliena*, also einer Servitut; *facere* ist alles Übrige, was nicht *dare* ist. Insofern umfaßt diese rein formalistische Unterscheidung das ganze Gebiet der möglichen Leistungsgegenstände. Ist Jemand verpflichtet, das Eigentum einer Sache zu übertragen, einen Ususfruktus zu bestellen, so ist das eine *obligatio dandi*. Eine *obligatio faciendi* dagegen liegt z. B. vor, wenn jemand nur zur Besitzübertragung oder zur Bestellung einer Superfizies, eines Pfandrechtes usw., ferner zur Anfertigung einer Arbeit, zur Unterlassung einer Klageanstellung usw. verpflichtet ist, denn auch das *non facere* fällt, da es kein *dare* ist, unter das *facere* in obigem Sinne.

Eine weitere, ebenfalls mit der Beschaffenheit des Schuldgegenstandes zusammenhängende Unterscheidung der Obligationen ist die in Spezies- und Genusschulden. Gegenstand der ersteren sind bestimmte Individuen (z. B. der Sklave Stichus, der *fundus Cornelianus*), Gegenstand der letzteren bloß generisch bestimmte Leistungen. Gewöhnlich wird die Genusschuld auf eine Quantität vertretbarer Sachen gerichtet sein, z. B. *decem modios tritici Africi*, eine Geldsumme usw., doch ist das keineswegs notwendig. Auch die Verpflichtung, ein Pferd gewisser Beschaffenheit zu

leisten, ist eine Genusschuld. Im Falle der Genusschuld ist kein bestimmtes Individuum *in obligatione,* geschuldet wird ein Pferd der und der Art, nicht das Pferd *x* (sollte es auch dieser Art sein), die Summe von hundert Kronen, nicht die Banknote: Serie *x* Nr. *y*. Folgeweise ist denn auch der Untergang einzelner zum Genus gehöriger Individuen (des Pferdes *x*, der obigen Banknote) für den Fortbestand der Obligation gleichgiltig, sollte auch der Schuldner die Individuen bereits behufs Erfüllung seiner Schuld bereitgehalten haben *(genus non perit)*. Anders bei der Speziesschuld. Hier wird der Sklave Stichus, das Rennpferd „Blitz" geschuldet, gehen diese Objekte zu Grunde, so wird durch Wegfall des Schuldobjektes die Leistung nachträglich unmöglich, was Erlöschung der Obligation zur Folge haben kann (§ 77).

§ 76.

Rechtsschutz der Obligationen.

l. 16. § 4. D. *de fideiuss.* XLVI, 1; l. 13. pr. D. *de cond. ind.* XII, 6; l. 94. 38. § 2. D. *eod.*; § 28—30. J. *de act.* IV, 6.

Regelmäßig kann der Gläubiger sein Forderungsrecht mittelst gerichtlicher Klage *(actio)* gegen den Schuldner geltend machen. In dieser *actio* liegt die Hauptwirkung der Obligation. Die damit ausgestattete klagbare Obligation ist die vollkommene sog. *civilis obligatio,* ohne Unterschied, ob ihre Klagbarkeit auf dem *ius civile* (*actio civilis* und *obligatio civilis* im eigentlichen Sinne) oder auf dem magistratischen Edikt *actio honoraria* und *obligatio honoraria* beruht. Ab und zu kommen aber auch obligatorische Verhältnisse vor, welche durch keine *actio* geschützt sind. Diese unvollkommenen, weil klaglosen, Obligationen sind die *obligationes (tantum) naturales.* Trotz des Mangels der Klage sind aber auch sie doch wirkliche, vom positiven Rechte anerkannte Obligationen. Ihre Rechtswirksamkeit besteht darin, daß auch die Erfüllung solcher Verbindlichkeiten *solutio debiti* und nicht Schenkung ist, daß sie ferner durch Pfand und Bürgschaft sichergestellt, durch Novation (§ 103) in eine andere Obligation umgewandelt, durch *deductio* vom Pekulium (§ 100) mitunter auch durch Kompensation (§ 103) geltend gemacht werden können. Die weitaus wichtigsten Fälle solcher unvollkommener Obligationen sind die Schuldverhältnisse der Sklaven Dritten *(extraneis)* gegenüber, ferner die Obligationen zwischen den durch dieselbe hausväterliche Gewalt Verbundenen, wie z. B. zwischen *filiusfamilias* oder Sklaven einerseits und dem Gewalthaber, Bruder, Mitsklaven anderseits. Die *naturales obligationes* entstehen durch die gleichen Tatsachen, welche sonst vollkommene Obligationen erzeugen, also z. B. durch Kauf, Darlehen usw. Daß diese mitunter bloß *naturales obligationes* zur Folge haben, hat stets seine besonderen Gründe, welche die reguläre Wirkung derselben: Begründung klagbarer Obligationen, ausschließen, während anderseits doch die Entstehung einer

Obligation als notwendig oder doch als zweckdienlich erscheint. So erzeugen, um bei den obigen Hauptfällen zu bleiben, Geschäfte der Sklaven mit Dritten deswegen keine klagbaren, sondern nur klaglose Verpflichtungen der ersteren, weil mit der Rechtsunfähigkeit der Sklaven Klagen gegen sie nicht vereinbar waren, anderseits aber doch eine gewisse Verpflichtungsfähigkeit derselben im Interesse des durch sie für den Herrn zu vermittelnden Erwerbes (§ 27) notwendig war. Kaufte daher ein Sklave eine Sache, so wurde der Dritte Verkäufer klagbar verpflichtet, klagberechtigt war der Herr des Sklaven (§ 27), während der Sklave daraus nur *naturaliter* haftete. Ähnlich war es bei Geschäften der Sklaven und Hauskinder mit ihrem Gewalthaber usw., indem daraus wieder vermöge der *potestas*, durch welche beide Parteien verbunden waren, beiderseits nur *obligationes naturales* entstehen konnten. Dagegen wurde das Hauskind (nicht auch die *uxor in manu* und der in *mancipio* Befindliche §§ 109, 117) Dritten gegenüber, im Unterschied vom Sklaven, klagbar verpflichtet.

Die *actiones*, mit welchen die vollkommenen Obligationen ausgestattet sind, haben das Gemeinsame, daß sie nur gegen den Schuldner (*in personam* § 161) gerichtet sind. Schuldklage und *actio in personam* sind identische Begriffe. Innerhalb der *actiones in personam* bestehen manche Verschiedenheiten, und zwar beziehen sich dieselben:

1. Auf Voraussetzungen und Inhalt der Klagen. In dieser Hinsicht hat jede Art von Obligationen ihre besondere Klage. So entspringen aus dem Kauf die *actio empti* und die *actio venditi*, aus der Miete die *actio locati* und die *actio conducti*, aus dem Darlehen die *condictio mutui* usw. Soviele Arten von Obligationen, soviele Klagen.

2. Auf die prozessuale Gestaltung dieser materiell verschiedenen Klagen mit a. W. auf die Gestaltung der Formel, welche der Prätor behufs Realisierung des klagbaren Anspruches dem Richter erteilt (§ 8). Geht nämlich diese Formel auf das *dare* einer bestimmten Geldsumme (*Si paret N^m N^m A^o A^o centum dare oportere iudex N^m N^m A^o A^o in centum condemna s. n. p. a.*) oder einer *alia certa res*, d. h. einer anderen qualitativ genau bestimmten Quantität oder einer individuell bestimmten Sache (*Si paret N^m N^m decem modios tritici Africi optimi* oder *hominem Stichum dare oportere* usw.), so ist die Klage eine *actio certa* u. z. *actio de certa credita pecunia (condictio certi)* beziehungsweise *actio de alia certa re (condictio triticaria)*. Wird dagegen der Richter in der Formel nur angewiesen, den Beklagten auf das zu verurteilen, *quidquid N^m N^m A^o A^o dare facere oportet*, so ist die Klage eine *actio incerta* u. z. die *actio incerti* (*condictio incerti*. Gai. 4. 5 § 82 *C.* 2). Hat der Richter hier das „Ob" der Schuld festgestellt, so unterliegt doch noch immer das „Was" richterlicher Ermittlung und Feststellung, während bei den vorerwähnten *actiones certae* mit der Bejahung des „Ob" auch schon das „Was" gegeben ist: *centum, homo Stichus* usw. Eine

zweite Art der *actiones incertae* sind die Klagen, welche zu einem sog. *iudicium bonae fidei* führen *(actiones bonae fidei)*, d. h. auf welche hin der Richter angewiesen wird, auf das zu verurteilen, *quidquid N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona* (mitunter auch auf das *quidquid dare facere praestare oportet ex fide bona* oder auch nur auf *praestare oportet ex f. b.*). Hier hat der Richter nicht nach strengem Recht vorzugehen, nicht bloß darauf zu sehen, ob und was dem Buchstaben nach zugesagt ist, sondern vor Allem auf das zu achten, was Treue, Redlichkeit und Verkehrssitte verlangen. Diesen *iudicia bonae fidei* gegenüber bezeichnet man die vorgenannten Klagen als *iudicia stricti iuris*. *Bonae fidei iudicia* wurden auf Grund der verschiedensten Geschäfte und Tatsachen angeordnet, so sind z. B. die Klagen aus dem Kauf, der Miete usw. sämtlich *bonae fidei*. Mit Rücksicht darauf heißen dann die Geschäfte, welche zu solchen Klagen führen, *negotia bonae fidei*, im Gegensatz zu den *negotia stricti iuris*, welche *iudicia stricti iuris* zur Folge haben. Endlich ist noch zu bemerken, daß es außer diesen dem *ius civile* angehörigen *actiones in personam (actiones stricti iuris* und *bonae fidei)* noch zahlreiche Schuldklagen gibt, die auf dem prätorischen Edikt beruhen.

§ 77.

Culpa und *mora*.

l. 27, § 3. D. *de pact.* II, 14; l. 213, § 2, l. 226. D. *d. V. S.* L, 16; l. 18. pr. D. *comm.* XIII, 6; l. 108, § 12. *de leg.* I.; l. 5, § 2. D. *comm.* XIII, 6; l. 32. pr. § 2. l. 82, § 2. D. *de usur*, XXII, 1; l. 72. pr. D. *solut.* XLVI, 3.

Zwei Momente sind es, welche auf den Fortbestand der Obligation und auf den Umfang des Schuldobjektes einen wesentlichen Einfluß ausüben: das Verschulden des Debitors und der Verzug des Schuldners oder Gläubigers.

I. Wird der Schuldner nach Begründung der Obligation außer Stand gesetzt, das, was er schuldet, zu leisten, so muß er dann, wenn dies eine Folge seines Verschuldens ist, dem Gläubiger das Geldinteresse leisten, d. h. diesem jeden Vermögensnachteil (sowohl den positiven Schaden, *damnum emergens*, als den Gewinnstentgang, *lucrum cessans*) in Geld ersetzen, der dem Gläubiger aus dem Nichtempfang der gebührenden Leistung erwachsen ist (Kausalnexus). Diese von den Neuern häufig als *praestare**)

*) Die Bedeutung des *praestare* bei den Römern steht nicht fest. Ziemlich sicher ist es, daß das Wort *praestare* in den Formeln einzelner *bonae fidei actiones* entweder neben *dare facere* (wahrscheinlich betreffs der *formula mandati* und *pro socio*) oder auch allein (so wohl in der Formel der *a. familiae ercisundae* und *communi dividundo*) vorkam § 76. Lenel edict. S. 236 u. a.). Über das Verhältnis des *praestare* zum *dare facere* läßt sich etwas sicheres nicht sagen, schwerlich bezeichnet es etwas davon Verschiedenes, sondern wohl nur eine Abart des *dare facere*, vielleicht wie viele Neuere annehmen die Interesseleistung.

(Prästationspflicht) bezeichnete Interesseleistung tritt an die Stelle des ursprünglich Geschuldeten, wird jetzt statt desselben aber kraft der bestehenden Obligation geschuldet. Ist diese nachträgliche Unausführbarkeit der Leistung bloß eine teilweise, so tritt die Interesseleistung natürlich nur ergänzend an die Seite des ausführbar gebliebenen Teiles der Leistung. Jedenfalls erleidet die Obligation auch in diesem Falle dem Schuldgegenstand nach eine Modifikation.

A. Das Verschulden des Debitors ist entweder *dolus* oder bloße *culpa*. *Dolus* ist die bewußte und gewollte Rechtswidrigkeit. *Culpa* dagegen ist das Verschulden, welches ohne rechtswidrige Absicht bloß in dem Mangel der erforderlichen Willensenergie besteht. *Culpa* ist somit Unachtsamkeit, Fahrlässigkeit, Unvorsichtigkeit, Trägheit, aber auch noch Mutwille *(lasciria)*. Der Schuldner, der auf solche Weise den Schuldgegenstand schädigt oder zugrunde richtet, handelt zwar nicht dolos, ist aber doch verantwortlich, weil er den Nachteil, wenn auch nicht absichtlich, so doch durch Nichtanwendung der erforderlichen Willensenergie verursacht hat. Dem Wahnsinnigen und *infans* kann weder *dolus* noch *culpa* zur Last fallen, da beide rechtlich als ganz willensunfähig gelten (§ 36). Innerhalb der *culpa*, im Gegensatz zum *dolus*, unterscheidet man zwei Grade, *culpa lata* und *culpa levis*.

1. *Culpa lata* ist die *nimia neglegentia*, das *non intellegere id, quod omnes intellegunt*, also das grobe (kaum glaubliche) Verschulden.

2. *Culpa levis* dagegen ist das geringe Versehen, die Außerachtlassung der Sorgfalt, die ein *diligens paterfamilias* (ein sorgfältiger Mensch) in dem betreffenden Falle anwenden würde. In der Regel ist der Maßstab, nach dem das Benehmen des Schuldners beurteilt wird, ein abstrakter, d. h. es wird nicht gefragt, was der Schuldner selbst in derartiger eigener Angelegenheit zu tun pflegt, sondern gefragt, was ein *diligens paterfamilias* überhaupt in solcher Angelegenheit tun würde. Entspricht das Benehmen des Schuldners diesem abstrakten Maßstab, so ist er außer *culpa*, entspricht es dem nicht, wäre mit anderen Worten ein *diligens paterfamilias* anders vorgegangen, achtsamer, fleißiger gewesen, so ist er in *culpa*. Mitunter wird aber ein bloß individueller Maßstab angewendet, d. h. vom Schuldner nur verlangt, daß er in dem obligatorischen Verhältnis dieselbe Sorgfalt anwende, die er in seinen eigenen derartigen Verhältnissen anzuwenden pflegt. So ist es z. B. beim Vormund ausreichend, wenn er auf das Mündelgut nicht weniger Achtsamkeit verwendet wie durchgängig auf sein eigenes. Es genügt somit in solchen Fällen die Anwendung der *diligentia, quam suis rebus adhibere solet*. Erst wenn diese außer acht gelassen wird *(culpa in concreto)*, der Schuldner in der Schuldangelegenheit sorgloser handelt wie in seiner eigenen, ist er in *culpa* und deswegen verantwortlich. Doch geht diese Erleichterung der Haftung nie so weit, daß der Schuldner deshalb auch wegen solchen Benehmens entschuldigt wäre,

das eine *culpa lata* begründet. Die vorerwähnte *culpa in concreto* ist nur eine Abstufung der *culpa levis*. Wegen *culpa lata* ist der Schuldner immer verantwortlich, er mag sich in eigenen Angelegenheiten noch so nachlässig zu benehmen gewohnt sein.*)

Alles, was nicht mehr *culpa levis* ist, ist juristisch Zufall *(casus)*. Zufällig ist somit jeder Schade, der trotz angewendeter *diligentia diligentis patrisfamilias* des Schuldners doch eingetreten ist. Endlich ist hier noch zu bemerken, daß sowohl *dolus* wie *culpa* in positiven Handlungen *(in faciendo)* oder auch in bloßen Unterlassungen *(in non faciendo)* bestehen können. Natürlich kann aber von letzterer Art nur dort die Rede sein, wo eine rechtliche Verpflichtung zu einem *facere* besteht. Wo eine solche fehlt, kann das *non facere* rechtlich kein Verschulden sein und daher auch nicht verantwortlich machen.

B. In welchem Maße haftet nun der Schuldner kraft eines bestehenden obligatorischen Verhältnisses für *dolus* und *culpa?* Haftet er stets für das ganze Verschuldensgebiet oder nicht? Dies richtet sich nach dem betreffenden Schuldverhältnis. Als Durchschnittsresultat einer diesbezüglichen Abstraktion hat die römische Jurisprudenz schließlich folgende Grundsätze hingestellt:

1. Immer und ausnahmslos muß der Schuldner seinen *dolus* vertreten; dem *dolus* gleich steht die *culpa lata*. Diese Haftung kann (unstreitig für den *dolus*, streitig ob auch betreffs der *culpa lata)* nicht einmal durch einen besonderen Vertrag in vorhinein ausgeschlossen werden.

2. Was dagegen die Haftung für *culpa levis* anbelangt, so trifft diese den Schuldner nur in der Regel. Bei *obligationes stricti iuris* haftet er diesbezüglich bloß für *culpa in faciendo*, bei *obligationes bonae fidei* auch für *culpa in non faciendo*. Der für die letzterwähnten Obligationen von Ulpian, wohl nach dem Vorgange Julians, ausgesprochene Grundsatz geht dahin, daß der Schuldner für *culpa levis* nur dann haftet, wenn das *negotium* entweder auf den Vorteil beider Parteien oder des Schuldners allein abzielt (z. B. einerseits Kauf, anderseits Kommodat als unentgeltliche Gebrauchsleihe). Bezweckt das Geschäft dagegen nur den Vorteil des Gläubigers, wie z. B. das Depositum, so prästiert der Schuldner bloß *dolus* und *culpa lata*. Doch ist dieser Grundsatz, wie erwähnt, nur

*) Noch die klassische Jurisprudenz unterschied *culpa* und *diligentia*. Unter *culpa* verstand sie bloß die verschuldete Sachbeschädigung, während *diligentia* den zugewendeten Fleiß, die der Sache zuzuwendende Sorgfalt bedeutete. Wer für *diligentia quam suis* haftete, haftete danach für Sachbeschädigung *(culpa)* im vollen, gewöhnlichen Umfang und genoß nur bezüglich der *diligentia* die eben angedeutete Erleichterung. Neben der *culpa* und *diligentia* wird bei manchen obligatorischen Verhältnissen noch *custodia* erwähnt. Darunter verstand man solche Handlungen, die auf das Bewachen und Bewahren der Sache gerichtet waren (Postenstehen, Umzäunen, Verschließen u. dgl.). Später, sicher im Justinianischen Recht, ist die Nivellierung aller dieser Unterschiede in dem oben im Text angegebenen Sinne eingetreten. Karlowa a. a. O. II. S. 688 fg.

ein Durchschnittsresultat und keineswegs in allen Fällen zutreffend. Dies wird sich bei der Darstellung der einzelnen Schuldverhältnisse zeigen, woselbst auch die Frage ihre Beantwortung finden wird, in welchen Fällen der für *culpa levis* haftende Schuldner bloß für *culpa in concreto* einzusehen hat.

Für den Zufall haftet der Schuldner an und für sich nicht. Wird daher die Leistung des Schuldgegenstandes später durch zufälligen (d. h. vom Schuldner nicht verschuldeten) Untergang unmöglich, so wird der Schuldner frei. Ebenso dann, wenn diese spätere Unmöglichkeit zwar Folge einer *culpa* des Schuldners, aber nur einer solchen ist, die er nach der betreffenden Obligation nicht zu vertreten hat. Läßt z. B. der Depositar, der nur für *dolus* und *culpa lata* haftet, die Sache durch bloße *culpa levis* zugrunde gehen, so haftet er nicht, wird also frei. Ebenso wird der Schuldner dann frei, wenn nachträglich ohne sein zu prästierendes Verschulden solche Umstände eintreten, die zwar die geschuldete Leistung nicht (objektiv) unmöglich machen, aber doch ihn subjektiv außer Stand setzen, die Sache zu leisten. Wird z. B. dem Depositar die Sache gestohlen, so haftet er, falls ihn nicht geradezu *culpa lata* trifft, dafür nicht, obwohl die Leistung der noch bestehenden Sache doch nicht objektiv unmöglich geworden ist. Daraus ist ersichtlich, daß die Frage dieser nachträglichen Erlöschung der Obligation nicht von der Unmöglichkeit der Leistung, sondern nur davon abhängt, ob den Schuldner ein von ihm zu prästierendes Verschulden trifft oder nicht. Übrigens sind alle vorstehenden, die Kulpahaftung betreffenden Sätze (bis auf Nr. 1) nur dispositives Recht (§ 3) und können daher durch entgegengesetzten Vertrag ausgeschlossen werden. Insbesondere kann z. B. der Schuldner vertragsmäßig auch die Zufallshaftung übernehmen, aber anderseits sich vertragsmäßig auch mildere Haftung ausbedingen, nur mit Festhaltung der oben in Nr. 1 gezogenen Grenze.

Endlich ist hier noch zu bemerken, daß das Verschulden *(dolus* und *culpa)* nicht bloß in bestehenden Schuldverhältnissen von Bedeutung ist, sondern auch Schuldverhältnisse erst erzeugen kann, wovon bei den Tatbeständen der Delikte (§§ 93—99) die Rede sein wird.

II. Die *mora* ist die rechtswidrige Verzögerung der Erfüllung der Obligation seitens des Schuldners oder der Annahme seitens des Gläubigers. Danach unterscheidet man die *mora debitoris* oder *solvendi* und die *mora creditoris* oder *accipiendi*.

A. Die *mora debitoris* setzt außer der Fälligkeit und Klagbarkeit der Schuld die erfolglos gebliebene Mahnung *(interpellatio)* des Schuldners durch den Gläubiger (oder dessen Vertreter) voraus. Ihre Wirkung besteht bei *obligationes bonae fidei* darin, daß der Schuldner jetzt dem Gläubiger außer dem ursprünglichen Schuldgegenstand noch das Geldinteresse leisten muß, das dieser daran hat: *moram factam non esse* Dieses Interesse besteht in der Vergütung der Früchte der Zwischenzeit,

bei Geldschulden insbesondere in der Leistung der Verzugszinsen. Um dieses Interesse wird somit der Schuldinhalt durch die *mora debitoris* erweitert. Übrigens hat selbe, u. zw. bei *obligationes bonae fidei* und *stricti iuris* die Folge, daß der morose Schuldner jetzt durch den zufälligen Untergang des Schuldgegenstandes nicht mehr frei wird, sondern statt desselben das Geldinteresse leisten muß. Insofern ist somit seine Haftung verschärft: *obligatio mora debitoris perpetuatur.* Die *mora* des Schuldners dauert fort, bis dieser den Schuldinhalt, u. zw. einschließlich der Erweiterung, die er durch die *mora* erfahren hat (z. B. Kapital samt Verzugszinsen), dem Gläubiger gehörig anbietet *(purgatio morae).*

B. Die *mora creditoris* entsteht dadurch, daß der Gläubiger die Annahme der ihm gehörig angebotenen Erfüllung der Obligation grundlos verweigert oder verzögert. Die Oblation muß eine tatsächliche und vollständige sein. Bloße Verbaloblation genügt nicht; ebenso wenig verfällt der Gläubiger durch Rückweisung einer Teilzahlung in *mora.* Auch dann entsteht eine solche nicht, wenn er die ihm an ungehörigem Orte oder zu ungehöriger Zeit angebotene Erfüllung nicht annimmt. Die Wirkung der *mora creditoris* besteht in einer Abschwächung der Verpflichtung des Schuldners. Denn dieser haftet jetzt nur mehr für *dolus* und *culpa lata* (bei *negotium stricti iuris* zufolge einer ihm zustehenden *exceptio doli,* bei *negotium bonae fidei* schon kraft der *bona fides*), sollte er auch vorher strenger gehaftet haben. Außerdem kann der Gläubiger von jetzt an seine Forderung gegen den Schuldner nur gegen gleichzeitigen Ersatz des Nachteils geltend machen, den der Schuldner durch die *mora accipiendi* erlitten hat. Behoben *(purgatur)* wird die *mora creditoris* durch die Bereitwilligkeitserklärung des Gläubigers zur Empfangnahme der Leistung. Auch hier genügen aber bloße Worte nicht, er muß alles tun, was seinerseits der Vollzug der Erfüllung voraussetzt. (§ 103 I. *A.*)

§ 78.

Solidarität und Korrealität.

l. 17. pr. D. *de dolo.* IV, 3; l. 60, § 2. D. *mandati* XVII, 1; J. *de duob. reis.* III, 16; l. 2. D. *cod.* XLV, 2.

Wenn Mehrere zu einer Leistung verpflichtet oder berechtigt sind, so ist das regelmäßige Verhältnis das, daß jeder nur den nach Zahl der Schuldner oder Gläubiger auf ihn entfallenden Teilbetrag schuldet, bezw. zu fordern hat. Ausnahmsweise kann es aber auch geschehen, daß jeder der mehreren Schuldner das Ganze schuldet, bezw. jeder der mehreren Gläubiger das Ganze zu fordern berechtigt ist u. zw. so, daß, wenn das Ganze einmal geleistet ist, das obligatorische Verhältnis nicht bloß für den Schuldner, der geleistet hat, bezw. den Gläubiger, dem geleistet worden ist, sondern für alle erlischt. Wo das der Fall ist, spricht man von Solidarität.

Solche Solidarität kann in verschiedener Weise entstehen. Vor allem kann sie die unbeabsichtigte Folge des Umstandes sein, daß Mehrere gemeinsam eine unerlaubte Handlung, z. B. ein *furtum*, verüben. Hier trifft zwar jeden für sich seine Strafe, während sie für die Restitution der gemeinschaftlich entwendeten Sache mit der *condictio (furtiva)* (§ 94), solidarisch haften. Ähnlich haften mehrere Mandatare, denen dasselbe Geschäft aufgetragen ist, solidarisch für den Schaden, den sie durch gemeinschaftliches Verschulden angerichtet haben, desgl. mehrere Vormünder eines Mündels usw. In solchen Fällen liegt Solidarität im engeren Sinne (bloß solidarische Obligationen) vor. Sicher kann diese auf der Schuldnerseite vorkommen, ob nach römischem Recht auch auf der Gläubigerseite, muß hier dahingestellt bleiben.

Die Solidarität kann aber auch absichtlich durch den auf sie besonders gerichteten Willen der Parteien, insbesondere durch Vertrag (Hauptfall: die Stipulation, § 82) und Vermächtnis geschaffen werden. Dann sprechen wir von Korrealität. Dieses Kunstprodukt kann unstreitig auf der Schuldner- wie Gläubigerseite vorkommen.

1. Kommt es auf der Schuldnerseite vor, so ist es die passive Korrealität *(duo vel plures rei promittendi)*, z. B. die Käufer einer Sache, Titius und Mevius, verpflichten sich durch besondere Klausel des gemeinschaftlich geschlossenen Kaufvertrages solidarisch zur Zahlung des ganzen Kaufpreises von 100; oder der Testator verfügt, daß seine Erben: *Titius aut Mevius Sempronio centum dato.* Ohne Korrealität würde der Gläubiger in beiden Fällen von jedem nur 50 begehren können, vermöge der Korrealität kann er die 100 ganz entweder vom Titius oder vom Mevius, oder zum Teil vom Titius und zum Teil vom Mevius verlangen. Hat er sie aber einmal, sei es auch nur von einem, erhalten, so werden beide frei. Ebenso befreit nach klassischem Recht die Litiskontestation (§ 164) mit dem einen auch den andern (was bei den bloß solidarischen Obligationen nicht der Fall war). Ob der Korrealschuldner, welcher das Ganze gezahlt hat, gegen seine Mitschuldner einen Regreß auf verhältnismäßigen Ersatz hat, richtet sich nach dem besonderen (inneren) zwischen den Korrealschuldnern bestehenden Verhältnisse.

2. Kommt die Korrealität auf der Gläubigerseite vor, so ist das die aktive Korrealität *(duo vel plures rei stipulandi)*, z. B. die Miteigentümer Gaius und Seius verpachten ihr Grundstück dem Publius um 200 mit der Klausel, daß jeder von ihnen den ganzen Pachtzins einzufordern berechtigt sein solle; oder der Testator verfügt: *Gaio aut Seio utri heres meus volet ducenta dato.* Kraft dieser Klauseln kann jetzt Gaius oder Seius vom Schuldner das Ganze fordern, während sonst jeder nur die Hälfte beanspruchen könnte. Ist einem das Ganze gezahlt, so erlischt auch hier das Forderungsrecht des zweiten; ebenso erlischt dies nach klassischem Recht dadurch, daß auch nur ein Gläubiger die Litiskontestation mit dem

Schuldner vorgenommen hat (§ 164). Auch hier hängt die Frage, ob der Gläubiger, welcher die Zahlung empfangen hat, selbe mit seinen Mitgläubigern teilen müsse, von dem inneren zwischen den Mitgläubigern bestehenden Verhältnis ab.

Im Falle der Korrealität wie der bloßen Solidarität liegen stets *plures obligationes* vor u. zw. stets soviele, als Mitschuldner bezw. Mitgläubiger vorhanden sind. Dort sind diese mehreren Obligationen das Resultat eines Rechtsgeschäftes, hier das unbeabsichtigte Ergebnis der Verhältnisse. Hier wie dort sind sie aber alle von gleicher Kraft und Stärke *(eiusdem potestatis)*, nicht die eine die Haupt-, die andere die Nebenobligation.

Von der Korrealität verschieden, wenn auch mit ihr verwandt, ist der Fall, daß mehrere zusammen etwas Unteilbares schulden oder zu fordern haben. Der Hauptfall ist der, daß der Schuldner oder Gläubiger des Unteilbaren von mehreren Personen beerbt wird. Daß hier jeder der mehreren Erben das Ganze schuldet oder fordern kann, ist nur ein unvermeidlicher Notbehelf, der im ganzen wegfällt, sobald es zur teilbaren Interesseleistung kommt.

Entstehung der Obligationen.

§ 79.

Übersicht der Entstehungsgründe.

Gai III, 33; l. 1. pr. *de O. et A.* XLIV. 7; § 2. J. *de obl.* III, 12

Jede Obligation setzt einen Entstehungsgrund voraus. In seinen Institutionen nennt Gaius als Entstehungsgründe: Kontrakte und Delikte. Diese Unterscheidung ist aber nicht erschöpfend, denn es gibt Obligationen, die weder *ex contractu*, noch *ex delicto* entspringen. Eine andere wohl interpolierte Stelle des Gaius faßt die Enstehungsgründe dieser Obligationen in der Bezeichnung *variae causarum figurae* zusammen. Sie haben wieder einen verschiedenen Charakter. Manche von ihnen sind insoferne kontraktsähnlich, als die von ihnen erzeugten Obligationen nach gleichen Grundsätzen wie die Kontraktsobligationen behandelt werden. Die justinianische Kompilation bezeichnet diese Obligation als *obligationes quasi ex contractu*, folgeweise nennt man die Tatsachen, welche sie erzeugen, Quasikontrakte. Andere dieser *variae causarum figurae* sind wieder so beschaffen, daß sie deliktsähnliche Obligationen erzeugen, welche deshalb in der Kompilation *obligationes quasi ex delicto* heißen. Folgeweise nennt man dann wieder die betreffenden Tatsachen Quasidelikte. So ergibt sich folgendes Schema der Entstehungsgründe: Kontrakte und Quasikontrakte einerseits, Delikte und Quasidelikte anderseits.

Die Entstehungsgründe schaffen nicht bloß die Obligationen, sondern charakterisieren sie auch. Während die Sachenrechte stets denselben rechtlichen Charakter haben, sie mögen so oder so entstanden sein, sind die Obligationen verschieden nach ihrem Entstehungsgrunde. Es ist juristisch

etwas anderes, wenn jemand 1000 aus einem Darlehen, und wenn er 1000 aus einem Kauf zu fordern hat. Mit dem Entstehungsgrunde hängt weiter auch folgender Unterschied zusammen:

1. Manche Entstehungsgründe erzeugen streng einseitige Obligationen: die eine Person wird nur Gläubiger, die andere nur Schuldner, eine Gegenforderung auf Grund desselben Entstehungsgrundes ist ausgeschlossen. Dies ist der Fall bei allen Delikten und Quasidelikten, sodann bei den Kontrakten und Quasikontrakten, welche *negotia stricti iuris* sind.

2. Andere Kontrakte und Quasikontrakte begründen gegenseitige Obligationen, Forderung und Gegenforderung, aber doch wieder in verschiedener Weise:

a) Manche derselben notwendig, d. h. so, daß vermöge des Geschäftes schon begrifflich jede Person Gläubiger und Schuldner wird (sog. *contractus bilaterales aequales)*, wie z. B. beim Kauf u. a.

b) Manche dagegen nicht notwendig, sondern nur im Falle des Hinzutritts besonderer Umstände (sog. *contractus bilaterales inaequales)*. Die sich notwendig aus dem Geschäft ergebende Forderung wird durch eine *actio directa*, die bloß durch besondere Umstände veranlaßte Gegenforderung dagegen durch *actio contraria* geltend gemacht. Beispielsweise hat der Deponent kraft des Depositums die *actio depositi directa* gegen den Depositar, während dieser im Falle eines von ihm gemachten Aufwandes gegen den Deponenten die *actio depositi contraria* hat.

A. Die Kontrakte und Quasikontrakte.

§ 80.

Wesen und Gliederung der Kontrakte.

Gai III, 89; J. *de oblig.* III, 13.

Jeder Kontrakt ist ein Vertrag, aber nicht jeder Vertrag ein Kontrakt, sondern nur der, welcher von *ius civile* (im Gegensatz zum prätorischen Recht, § 17) als Entstehungsgrund einer Obligation anerkannt ist. Ein solcher obligatorischer Vertrag war in alter Zeit das *nexum*, das als Real- und Formalakt eine streng einseitige Schuld begründete (§ 81). Bloß vertragsmäßige Schuldversprechen hatten wohl noch zur Zeit der XII Tafeln keine rechtliche Kraft, sondern standen nur unter dem Schutz des *fides*, d. i. der Vertragstreue, welche der Glaube an die Götter, die den Vertragsbruch strafen, hervorrief; gerichtlich verfolgbar waren sie nicht. Dies galt insbesondere von der *sponsio*, welche eine verbreitete Hypothese als einen in sakralen Formen (durch *σπονδή*, Weinspende, und dem herkömmlichen Verwünschungsritus*) geschlossenen Vertrag ansieht, der zu einem von den sakralen Formen abgelösten Verbalakt *(spondesne? spondeo)* wurde.

*) Leist, Gräco-italische Rechtsgeschichte S. 164.

Noch die XII Tafeln erwähnen die *sponsio* nicht. Erst nach denselben wurde sie klagbar und floß dann mit einem anderen dem *ius gentium* entnommenen Verbalakt, der dort längst vorkommenden Stipulation, zusammen, mit der sie dann den Hauptfall des späteren Verbalkontraktes bildet. An die Seite desselben tritt später, noch zur Zeit der Republik, ein durch Schrift geschlossener Formalvertrag, der Litteralkontrakt. Auch bei diesen Formalkontrakten ist, wie bei der *mancipatio* usw., festzuhalten, daß die Form nicht bloß etwas zum Vertragswillen äußerlich Hinzutretendes, sondern ein mit diesem untrennbar Verbundenes ist, so daß der Vertragswille nur in dieser Form den Kontrakt bildet.

Neben diesen Formalkontrakten gab es von jeher zahlreiche Verträge anderer Art mit verschiedenstem Inhalt. Alle diese hatten, sofern sie vollzogen waren, rechtliche Wirkung, begründeten aber zunächst keine Klage auf Vollzug, mit a. W. keine Obligation. Sie standen ebenfalls nur unter dem Schutze der *fides*. So die Geschäfte des täglichen Verkehrs: das formlose Darlehen, die formlose Kaufberedung usw. Allmählich, wann wissen wir nicht, wurden aber auch sie klagbar. Zunächst war das wohl der Fall bei solchen Geschäften, bei denen eine Sache zu treuen Händen hingegeben war, wo also Rückgabe vorgesehen war oder der *fides* nach erwartet wurde (deren Eingehen daher als *credere* bezeichnet wird). Hierher gehören in erster Reihe das formlose Darlehen, außerdem die bereits früher (§ 69) erwähnten Geschäfte der *fiducia* und des *pignus* u. a. Mitunter war der Entwicklungsgang der, daß zuerst des Treubruchs wegen eine Deliktsklage gegeben wurde, an die sich erst später eine Geschäftsklage auf Einhaltung und Erfüllung des Vertrages knüpfte. Immer war es aber hier nicht der bloße Konsens, sondern ein tatsächlicher Vorgang, die *res*, welcher *iure civili* die Entstehung des obligatorischen Verhältnisses zur Folge hatte, weshalb diese Geschäfte als Realkontrakte bezeichnet werden. Endlich wurde in einzelnen Fällen auch schon der bloßen Vereinbarung obligierende Kraft zuerkannt. Dies sind die Konsensualkontrakte, und zwar vor allem die vorzugsweisen Fidesgeschäfte des Mandates und der Sozietät, dann auch, infolge Einflusses des publizistischen Staatsvermögensrechtes, der Kauf und die Miete. Von jeher hat nämlich auf dem Gebiet des Staatsvermögensrechtes das formlose *vendere* und *locare* gegolten und administrative Rechtsverfolgung nach sich gezogen, was Wunders, daß schließlich formlosen Käufen und Mieten auch im Privatrecht Klagbarkeit zuerkannt wurde, zumal *fides* und internationales Recht dahin drängten. Bei allen diesen schließlich zu Kontrakten gewordenen Fidesgeschäften (Real- und Konsensualkontrakten) hat die *fides* die Bedeutung, daß sie entweder wie bei dem zum *negotium stricti iuris* gewordenen Darlehen bloß den Grund der Klagbarkeit abgibt oder wie bei den anderen durch *bonae fidei iudicia* geschützten Verträgen auch den Inhalt der Klage beeinflußt.

Mit den Konsensualkontrakten war das römische Kontraktsystem abgeschlossen. Gaius und die Institutionen unterscheiden danach, abgesehen vom *nexum*, das frühe außer Übung kam, vier Arten von Kontrakten: Verbalkontrakte (§ 82), Litteralkontrakte (§ 84), Realkontrakte (§ 85) und Konsensualkontrakte (§ 86 fg.). Also nicht der Vertrag als solcher macht den Kontrakt, sondern entweder die Form, in der sich der Vertragswille ausprägt, oder der tatsächliche Vorgang, in dem sich die Willensübereinstimmung betätigt, die *res*. Nur bei den vier Konsensualkontrakten hat ausnahmsweise der Konsens allein obligierende Kraft. Jeder andere Konsensualvertrag, der zu den genannten vier nicht gehört, ist bloßes *pactum* und begründet keine Obligation. Die Umstände, welche einem Vertrag die Kontraktsqualität geben, bezeichnet man als *causa civiles*.

§ 81.

Das *nexum*.

Varro *de L. L.* VII, 105; Festus: v. *nexum;* Gai. III. 173 fg.

Das Wort *nexum* hat eine doppelte Bedeutung. Im weiteren Sinne bedeutet es jeden Akt *per aes et libram*, einschließlich der *mancipatio* (§ 51). Im engeren Sinne dagegen nur den Akt *per aes et libram*, der behufs Begründung einer Obligation vorgenommen wird *(ut obligetur)*. Dieser Akt war das Darlehensgeschäft der alten Zeit. So lange es kein gemünztes Geld gab, sondern Erzbarren die Stelle des Geldes vertraten, wurde das Darlehen dadurch geschlossen, daß der Gläubiger dem Schuldner ein Quantum Erz *per aes et libram* (unter Intervention der fünf Zeugen und des *libripens* (§ 51) zuwog, und im Anschlusse an diese Zuwägung in solenner Rede *(nuncupatio)* den Empfänger als dadurch haftbar gemacht erklärte. Als später gemünztes Geld aufkam lag die Zuzählung des Darlehnsbetrages außerhalb des Aktes *per aes et libram*, dieser war jetzt auch hier wie bei der *mancipatio* zur bloßen Rechtsform geworden und bezog sich nur mehr auf das *rauduscülum*, während die wirklich kredierte Geldsumme samt Verzinsungsmodalität in der *nuncupatio* genannt wurde.

Die bis in die neueste Zeit herrschende Lehre legte dem *nexum* Exekutivkraft bei u. zw. in der Art, daß der Gläubiger, wenn der Schuldner zur Zeit nicht zahlte, gegen diesen ohne vorangegangene Klage, wie gegen einen *iudicatus*, sofort die Exekution *(manus iniectio pro iudicato* § 159 *B)* anwenden konnte, wodurch der Schuldner in die Schuldknechtschaft beim Gläubiger verfiel*). Charakteristisch für das *nexum* nach dieser Lehre ist somit die ausnahmsweise Begünstigung, daß die daraus resultierende Forderung, wie ein gerichtliches Urteil exequierbar gewesen sein soll *(m. i. pro iudicato)*.

In neuester Zeit ist diese Lehre mit Erfolg bestritten worden. Es steht jetzt fest, daß die als sicher angenommene Vollstreckbarkeit des *nexum*

*) Huschke, Das R. des *nexum* und die altrömische Schuldknechtschaft, 1845.

in den Quellen nicht bezeugt ist;*) deshalb muß sie als nicht nachweisbar fallen gelassen werden.

Ja sogar, das besondere *per aes et libram* geschlossene Darlehensgeschäft wird jetzt geleugnet und unter dem *nexum* im e. S. nur das dingliche Geschäft der *mancipatio,* nach seiner obligatorischen Seite *(actio auctoritatis* § 87 *C* 2.) verstanden.**)

Dies geht wohl zu weit, da Varro und Gaius doch den Eindruck machen, daß der Akt *per aes et libram* nicht nur als dingliches Geschäft, sondern auch als bloß obligatorisches in dem eingangs erwähnten Sinne vorkomme. Wie es sich aber sonst mit dem *nexum* verhält, ob mit demselben trotz des Mangels der Exequierbarkeit eine vertragsmäßige Schuldknechtschaft verbunden war oder doch verbunden sein konnte, ob dieselbe auf einer Selbstverpfändung des Schuldners beruhte, in welcher Weise diese Selbstverpfändung erfolgte, alles das muß dahin gestellt bleiben, da Anhaltspunkte für eine annähernd sichere Beantwortung fehlen.

§ 82.

Der Verbalkontrakt. Die Stipulation.

Gai III, 92—109; J. *de V. O.* III, 15; *de stip. serv.* III, 17; *de inutil stip.* III, 18; l. 40. pr. D. *d. reb. cr.* XII, 1.

Die Stipulation ist der römische Verbalkontrakt des *ius commune* (§ 3). Sie wird in bestimmter Wortform geschlossen. Diese Wortform besteht in der Gliederung des Aktes in mündliche Frage und mündliche Antwort. Der, welcher Gläubiger werden soll *(stipulator),* frägt den, der Schuldner werden soll *(promissor),* ob er ihm die in der Frage näher bezeichnete Leistung verspreche, worauf dieser die der Frage kongruente Antwort erteilt. Z. B.: *centum mihi dare spondes? spondeo.* Frage und Antwort bilden einen zusammenhängenden Akt, daher muß letztere sofort auf die Frage erfolgen. Solche Stipulationen muß man sich als den Schlußakt formloser Verhandlung der Parteien vorstellen, die nachdem sie einig geworden sind, den Inhalt ihrer Vereinbarung in die Form der Stipulation bringen und dadurch rechtswirksam machen.

Die hauptsächlichste Stipulationsform war die *sponsio,* welche durch die Worte: *spondesne? spondeo* geschlossen wurde. Sie war *propria civium R.,* mußte lateinisch geschlossen werden und war Peregrinen unzugänglich. Daneben waren viele andere Formen üblich, z. B. *promittis? promitto, dabis? dabo,* usw.; diese waren *iuris gentium,* konnten auch von Peregrinen und in welcher Sprache immer geschlossen werden. Sogar das war hierbei

*) Mitteis Zeitschrift der Savigny-Stiftung XXII. S. 96 ff; Bekker, ebendaselbst XXIII. S. 11 ff; S. 429 ff.

**) Lenel ebendaselbst XXIII. S. 84 ff; Mommsen, ebendaselbst XXIII. S. 348 ff.

zulässig, daß Frage und Antwort in verschiedenen Sprachen erfolgten. Immer war aber die Gliederung des Aktes in Frage und Antwort Erfordernis der Giltigkeit; erst Kaiser Leo (472) erklärte selbe für überflüssig, indem er bestimmte, daß für die Stipulation jede zweiseitige mündliche Erklärung des Konsenses *quibuscunque verbis* ausreichen solle. In dieser degenerierten Form ist die Stipulation ins Justinianische Recht übergegangen. — Die mündliche Form der Stipulation bringt es mit sich, daß sie nur zwischen Anwesenden (nicht *inter absentes)* geschlossen werden kann, und daß Taube und Stumme stipulationsunfähig sind. Zeugen wurden zur Stipulation niemals gefordert.

A. Gegenstand der Stipulation kann alles sein, was geschuldet werden kann, also jedes *dare facere* (§ 75). Insbesondere können durch Stipulation auch Zinsen und Konventionalstrafen versprochen werden.

1. Zinsen *(usurae)* sind ein Äquivalent für den Gebrauch einer Quantität vertretbarer Sachen (§ 39), welches in Sachen gleicher Art nach Zeitabschnitten geleistet wird. Sollen Zinsen geschuldet werden, so müssen sie, abgesehen von *bonae fidei iudiciis* (§ 76), durch Stipulation besonders versprochen sein. Die dadurch begründete besondere Zinsenobligation ist immer akzessorisch, da sie eine Kapitalschuld *(caput, sors)* voraussetzt, neben der sie steht. Sie unterliegt manchen rechtlichen Beschränkungen. Bei den Römern, bei welchen die Zinsen wie bei den Griechen monatlich berechnet wurden, betrug nach manchen Schwankungen das erlaubte Zinsenmaximum die längste Zeit hindurch 1 Prozent per Monat (12 Prozent jährlich). Dies sind die *centesimae usurae.* Justinian hat es auf *semisses usurae* ($^1/_2$ Prozent per Monat, 6 Prozent jährlich) herabgesetzt. (Ausnahmen: für Kaufleute sind 8 Prozent, für *personae illustres* nur 4 Prozent, als *foenus nauticum* [§ 85] 12 Prozent jährlich gestattet). Verboten ist der Anatozismus *(ἀνατοκισμός)*, d. h. rückständige Zinsen können nicht wieder zinsbar gemacht werden. Endlich hört jeder Zinsenlauf auf, sobald die Zinsenrückstände die Höhe des Kapitals erreicht haben. Justinian hat dies sogar betreffs gezahlter Zinsen bestimmt.

2. Eine Konventionalstrafe ist das vertragsmäßige Versprechen einer Leistung (gewöhnlich einer Geldsumme) für den Fall, daß der Promittent eine andere Leistung nicht effektuieren sollte. Sie dient zur Sicherung dieser letzteren Leistung, welche selbst Gegenstand einer besonderen Obligation sein kann, aber keineswegs sein muß. (1. Stipulation: *fundum C. dare sp.? sp. 2.* [Konventionalstrafe] -Stipulation: *Si fundum C. non dederis 100 dare sp.? sp.* Oder nur eine Konventionalstrafstipulation: *Si fundum C. non dederis 100 dare sp.? sp.).* Wegen des letzteren Umstandes konnten durch Konventionalstrafstipulation auch solche Leistungen gesichert werden, die Mangels eigenen Vermögenswertes selber nicht Gegenstand einer Obligation sein konnten (§ 75). Ob dort, wo die Konventional-

strafe neben einer anderen (der Hauptobligation) steht, außer der Strafe auch noch die Erfüllung der letzteren verlangt werden kann, ist eine Interpretationsfrage.

B. Infolge der Einfachheit und Schmiegsamkeit der Form, welche die Stipulation geeignet macht, jede mögliche Leistung als Inhalt aufzunehmen, war die Stipulation in klassischer Zeit das Hauptvehikel des römischen Verkehrs. Sie ist geschlossen, sobald der geschilderte Verbalakt vorgenommen ist. Kläger braucht daher nur diesen zu beweisen, ohne auf die der Stipulation vorangehenden Verhandlungen und die ihr zugrunde liegende materielle Kausa eingehen zu müssen. Gewiß wird jede Stipulation behufs Realisierung solcher Kausa geschlossen, allein diese Kausa ist für die Giltigkeit der Stipulation bedeutungslos (Ausnahme § 109) und braucht niemals im Stipulationsakt selbst hervorzutreten. Denn dieser kann sowohl mit *(100 dotis causa dare sp.? sp.),* als auch ohne Hervorhebung der Kausa *(100 dare sp.? sp.)* gleich giltig geschlossen werden. Letzteres ist die abstrakte Stipulation. Doch ist anderseits die Kausa auch bei der Stipulation nicht bedeutungslos, sie ist nur kein wesentliches Stück der Stipulation und daher die Giltigkeit derselben von ihr nicht abhängig. Der Kreditbedürftige, der dem Kreditgeber 100 durch Stipulation deswegen verspricht, weil ihm dieser die Zuzählung von 100 zugesichert hat, wird schon *verbis* Schuldner und kann daher schon aus seiner *promissio* jedenfalls verklagt werden, er mag die verabredete Summe erhalten haben oder nicht. Doch kann er im letzteren Falle sich der Stipulationsklage gegenüber *ob causam non secutam* durch eine *exceptio doli* schützen und außerdem auch selbständig auf Behebung der Stipulation klagen. Insbesondere konnte eine Stipulation auch *novandi causa* geschlossen werden, wovon später (§ 103) die Rede sein wird.

C. Die Wirkung der Stipulation ist die Begründung einer *verborum obligatio.*

1. Diese ist eine streng einseitige Obligation; der *stipulator* wird Gläubiger, der *promissor* wird Schuldner. Stipulation auf den Namen eines Dritten *(Titio dare sp.? sp.)* ist ungiltig *(nemo alteri stipulari potest),* desgleichen *promissio* des Inhalts, daß ein Dritter etwas leisten werde *(nemo factum alienum promittere potest).* In ersterer Hinsicht besteht nur die Ausnahme, daß Sklaven und Hauskinder auch direkt dem Gewalthaber stipulieren können. Mag die Stipulation lauten: *mihi 100 dare sp.?* oder *100 dare sp.?* oder *domino meo 100 dare sp.?* stets wird daraus unmittelbar der Gewalthaber Gläubiger (§§ 27, 32).

2. Je nach Beschaffenheit des Gegenstandes ist die Stipulation eine *certa* oder *incerta. Certa* dann, wenn sie auf das *dare* einer bestimmten Geldsumme oder einer *alia certa res* (d. h. einer qualitativ genau bestimmten Quantität vertretbarer Sachen oder einer *certa species)* gerichtet ist. Jede andere Stipulation ist eine *incerta.* Dem entsprechend ist die aus der

Stipulation resultierende Klage im ersten Fall *(certa st.)* die *actio (condictio) de certa credita pecunia* oder *condictio triticaria*, im zweiten Fall dagegen die *actio incerti* (§ 76). Diese Klagen sind durchaus *stricti iuris*. Der Beklagte schuldet nur das, was versprochen ist; im Falle der *mora* prästiert er nicht das Interesse (keine Verzugszinsen usw.), wohl aber tritt *perpetuatio obligationis* ein und haftet er nur für *culpa in faciendo* (§ 77). Ist jedoch in die Stipulation die *clausula doli (dolum malum abesse abfuturumque esse)* aufgenommen, so hat der Richter bei der daraufhin platzgreifenden *actio incerti* annähernd die gleiche Stellung wie im *iudicium bonae fidei*, ohne daß jedoch die Klage selbst zum *bonae fidei iudicium* würde. Denn daß er hier Grundsätze der *bona fides* zur Geltung bringt, ist nicht Folge der Beschaffenheit der Klage, die auch hier *stricti iudicii* bleibt, sondern nur des Vertragsinhaltes, der alles ausschließt, was wie *dolus* aussieht.

D. Ausfertigung einer Urkunde *(cautio)* ist für den Rechtsbestand der Stipulation, als eines Verbalaktes, nicht erforderlich. Sie hat nur Bedeutung für den Beweis und kam deswegen häufig vor. Ein Beispiel einer solchen *cautio* ist folgendes: *Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Maevius Publius, spopondi ego Lucius Titius.* Einer solchen Urkunde gegenüber war der Gegenbeweis, daß der darin bezeugte Verbalakt doch nicht vorgenommen sei, statthaft. Später, wohl infolge des Einflusses griechischen Rechtes, ändert sich das, indem man im Falle der Ausfertigung einer Stipulationsurkunde die wirkliche Vornahme des Verbalaktes für eine bloße Formalität ansah und demgemäß den vorerwähnten Gegenbeweis ausschloß *(— quodsi scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit).* Im Justinianischen Recht wurde der Urkunde gegenüber nur der Beweis zugelassen, daß die in derselben genannten Personen während des ganzen Ausstellungstages an dem dort genannten Ausstellungsorte nicht beide anwesend gewesen seien. Man ließ somit die Urkunde nur mehr durch den Beweis der Unmöglichkeit des Abschlusses der darin bezeugten Stipulation entkräften. In jedem anderen Falle vertrat jetzt die Urkunde die Stelle der Stipulation, mit a. W. galt dieselbe, so wie es geschrieben stand, als geschlossen. Trotzdem blieb aber auch jetzt die Stipulation noch immer ein Verbalakt, da sie auch im Justinianischen Recht bloß *verbis* ohne jede Urkunde vorkommen kann und auch die etwa errichtete Urkunde nur die unwiderlegliche Präsumtion begründet, daß sie wirklich mündlich geschlossen worden sei.

Neben der Stipulation, als dem allgemein zugänglichen Verbalakt, kennt das *ius civile* noch zwei besondere Verbalakte: die *iurata promissio* des *libertus* zu Gunsten des Patrons (§ 28) und die *dictio dotis* — welche

beide dem *ius singulare* angehören, da sie auf bestimmte *causae* und Personen beschränkt sind. Diese Akte werden zwar auch *verbis*, aber nicht durch Frage und Antwort, sondern nur *uno loquente*, u. zw. durch einseitige mündliche Rede dessen begründet, der dadurch Schuldner werden soll. Trotz dieser Einseitigkeit der Rede sind doch wohl auch sie Kontrakte, da zu ihrer Form die Anwesenheit des Promissars oder seines Gewalthabers gehört. Die passive Teilnahme hat die Bedeutung der Annahme des Versprechens, wodurch auch diese Akte zu obligatorischen Verträgen werden. Sie sind somit keine einseitigen Rechtsgeschäfte.

§ 83.

Besondere Stipulationsarten.

J. d. duob. reis III. 17; Gai III, 97—127; J. *de fideiuss.* III, 20.

Einer besonderen Betrachtung bedürfen die Korrealstipulation und die akzessorischen Stipulationen.

A. Die Korrealstipulation ist eine zusammengesetzte Stipulation, bei welcher im Falle aktiver Korrealität das Fragestück, im Falle passiver Korrealität dagegen das Frage- und Antwortstück aus mehreren Teilen besteht. Soll nämlich eine aktive Korrealität begründet werden, so frägt der eine *stipulator* Titius den *promissor* z. B. *centum dare sp.?* sofort frägt der andere *stipulator* Gaius denselben *promissor: eosdem centum dare sp.?* Auf diese beiden Fragen antwortet jetzt der *promissor: spondeo.* Handelt es sich um Begründung passiver Korrealität, so frägt der *stipulator* zuerst den einen *promissor* Seius *centum dare sp.?* dann sofort den anderen *promissor* Mevius: *eosdem centum dare spondes?* worauf erst beide antworten, sei es: *spondemus,* sei es jeder für sich: *spondeo.* — Die Korrealstipulation ist die Hauptbegründungsart der Korrealität, mit Bezug auf sie heißen die Korrealgläubiger *plures rei stipulandi,* die Korrealschuldner *plures rei promittendi* (§ 78). Das materielle Verhältnis, welches den Anlaß zur Begründung solcher Korrealität bildet, braucht auch hier in der Stipulation nicht hervorzutreten. Keine Korrealität entsteht, wenn zu einer bereits vollendeten Stipulation eine zweite, wenn auch auf *idem* gerichtete hinzutritt.

B. Gewöhnlich wird in einem solchen Falle eine akzessorische Stipulation vorliegen, welche wieder auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite vorkommen kann.

1. Die akzessorische Stipulation auf der Gläubigerseite ist die *adstipulatio.* Der Vorgang ist der: Zwischen Titius und Gaius wird eine Stipulation geschlossen. Titius frägt: *centum dare sp.?* Gaius antwortet *spondeo.* Sofort im Anschluß an diese fertige Stipulation schließt jetzt Maevius über Auftrag und im Interesse des Titius eine zweite Stipulation mit Gaius, durch welche dieser ihm *eosdem centum* verspricht. Dadurch

wird Maevius als *adstipulator* neben dem Stipulator Titius auch Gläubiger des Gaius und ist als solcher berechtigt, Zahlung vom Promissor (Gaius) zu fordern und in Empfang zu nehmen. Ist ihm oder dem Stipulator Titius geleistet, so erlischt das Forderungsrecht beider, nur muß der *adstipulator*, falls ihm geleistet worden ist, das Empfangene an den Stipulator herausgeben, der ihn dazu, als seinen Beauftragten, durch *actio mandati directa* (§ 90), zwingen kann. Da der *adstipulator* nur als Beauftragter und im Interesse des Stipulators Gläubiger geworden ist, so erlischt sein Recht mit seinem Tode (§ 90) und wird seinem Gewalthaber nicht erworben; die *adstipulatio* eines Sklaven und des in *in mancipio* Befindlichen (§ 117) ist nichtig, die eines *filiusfamilias* nur für den Fall giltig, daß er ohne *capitis deminutio* (§ 33) *sui iuris* wird. Dadurch, daß die *adstipulatio* eine besondere, und zwar akzessorische Stipulation ist, unterscheidet sie sich von der aktiven Korrealstipulation. Als akzessorische Stipulation setzt sie eine Hauptstipulation voraus und kann sie (ganz oder teilweise) nur das umfassen, was Inhalt der ersten Stipulation ist, kann also wohl *quantitate* oder *tempore* auf ebensoviel oder weniger, niemals aber auf mehr gehen. Vermöge dieses akzessorischen Charakters ist der *adstipulator* nur Nebengläubiger, der *stipulator* Hauptgläubiger, während bei der aktiven Korrealität jeder *correus stipulandi* ebenso gut Hauptgläubiger ist, wie der andere. Der Zweck einer solchen, natürlich vorher zwischen den Parteien *(stipulator, promissor* und *adstipulator)* verabredeten *adstipulatio* steht nicht fest. Wahrscheinlich lag ihr der Stellvertretungsgedanke zugrunde. Da nämlich in alter Zeit eine Stellvertretung im Prozesse regelmäßig unzulässig war, so zog der, welcher meinte doch künftig einen Stellvertreter zu brauchen, seinen Vertrauensmann gleich als *adstipulator* zu. Dadurch wurde dieser Gläubiger und konnte daher als solcher gegen den Schuldner im Interesse des Stipulators klagbar auftreten, aber auch sonst über die Forderung verfügen. Mit der Zulässigkeit der Stellvertretung im Prozeß fiel diese Verwendung der *adstipulatio* weg. Zur Zeit des Gaius wurde ein *adstipulator* nur mehr dann zugezogen, wenn sich Jemand (Titius) eine Leistung *post mortem suam (post mortem meam X dare sp.? sp.)* stipulierte. Solche Stipulation war nämlich nach klassischem Recht ungiltig *(inutilis)*, weil es *inelegans visum est, ab heredis persona incipere obligationem;* die darauf bezügliche *adstipulatio* des Seius *post mortem Titii eosdem X dare sp.? sp.* dagegen war giltig. Starb dann später Titius zu einer Zeit, wo der *adstipulator* Seius noch lebte, so klagte dieser jetzt aus der *adstipulatio* auf Zahlung und gab das Empfangene an die Erben des Titius, für die es ja eigentlich bestimmt war, heraus. Im Justinianischen Recht können Obligationen *ex persona heredis incipere*, man kann hier *post mortem suam* stipulieren und promittieren, das Versprechen kann hier aktiv und passiv direkt auf die Person des Erben gestellt werden, folgeweise ist auch diese Verwendung der *adstipulatio* weggefallen und sie überhaupt ins Justinianische Recht nicht mehr aufgenommen werden.

2. Akzessorische Stipulationen auf der Schuldnerseite sind die *adpromissiones*. Diese sind Arten der Bürgschaft, deren Zweck darin besteht, die Erfüllung der Schuld dadurch zu sichern, daß jemand eine fremde Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber neben dem Hauptschuldner als Nebenschuldner übernimmt. Jeder *adpromissor* verspricht dasselbe (*idem*), was der Hauptschuldner versprochen hat, beziehungsweise schuldet. Seine Haftung ist stets eine akzessorische, sie setzt eine *promissio* beziehungsweise eine Schuld des Hauptschuldners voraus und darf die Grenzen dieser Prinzipalschuld nicht überschreiten: jede *adpromissio in aliam rem* oder *in duriorem causam* ist ungiltig. Durch den akzessorischen Charakter unterscheiden sich die *adpromissio* von der passiven Korrealität.

Das römische Recht kennt drei Arten der *adpromissio*: vorerst die *adpromissio* durch die alte *sponsio (idem dare sp.? sp.),**) beschränkt auf römische Bürger (und Latinen), neben welche dann später die *fidepromissio: idem fide tua promittis? promitto,* und endlich die *fideiussio: idem fide tua esse iubes? iubeo* traten, diese beiden auch Peregrinen zugänglich.

a) *Sponsio* und *fidepromissio* setzen als Prinzipale eine *promissio* (Verbalkontrakt voraus; *sponsor* und *fidepromissor* haften für das, was der *promissor* versprochen hat, mitunter selbst dann, wenn dessen *promissio* ungiltig ist (z. B. wenn der *promissor* etwas *post mortem suam,* ein Pupill oder eine Frauensperson *sine auctoritate tutoris* promittiert haben). Beide verpflichten sich wenigstens in alter Zeit gleichzeitig mit dem Hauptschuldner durch besondere Stipulation. Ihre Haftung war nicht vererblich und erlosch nach der (bloß für Italien geltenden) *lex Furia de sponsu* mit Ablauf eines *biennium.* (In den Provinzen hafteten *sponsor* und *fidepromissor perpetuo.*) Sind mehrere als *sponsores* oder *fidepromissores* für denselben *promissor* eingetreten, so ist die Bürgschaftsschuld nach demselben Gesetz (in Italien) *ipso iure* zwischen ihnen geteilt, jeder schuldet nur eine *pars virilis.* (In den Provinzen haftete jeder *sponsor* und *fidepromissor in solidum*). Haben *sponsores* oder *fidepromissores* das Ganze, beziehungsweise ihre Anteile, bezahlt, so haben sie nach klassischem Recht Regreß gegen den Hauptschuldner nach Maßgabe des diesem gegenüber bestehenden (inneren) Verhältnisses. Gewöhnlich wird das ein Mandat sein, daher ist ihre Regreßklage meist die *actio mandati contraria.* Wird jedoch dem *sponsor* das von ihm dem Gläubiger *per aes et libram* (§ 103) Gezahlte *(depensum)* binnen sechs Monaten nicht erstattet, so hat er (nicht auch der *fidepromissor*) schon seit der *lex Publilia* gegen den Hauptschuldner die *actio depensi* (mittelst *manus iniectio pro iudicato* § 159) auf das Doppelte.

*) Mitteis, S. 269 fg. sieht in dieser Bürgen = *sponsio* den Ausgangspunkt der Stipulationsform *spondesne? sp.* In ältester Zeit begründe die *sponsio* keine akzessorische Haftung, zwar werde der *sponsor* Schuldner für einen anderen, der jedoch selber nicht hafte. Erst später trete dieser dann „als Bürge für sich selbst" hinzu. Dies führe im weiteren geschichtlichen Verlauf zur akzessorischen Haftung des Bürgen und zur Verwendung dieser Stipulationsform über Bürgschaftszwecke hinaus.

b) Die *fideiussio* dagegen setzt nur den Bestand einer rechtsgiltigen Obligation voraus, sollte das auch bloß eine *obligatio naturalis* sein. Der Entstehungsgrund der Obligation ist gleichgiltig. Die *fideiussio* kann nicht bloß gleichzeitig mit der Hauptobligation, sondern auch nachher, ja sogar auch schon vorher (für den Fall der künftigen Entstehung der Hauptschuld) eingegangen werden. Sie ist vererblich und erlischt nicht durch Zeitablauf. Von mehreren *confideiussores* (die sich gewöhnlich gleichzeitig verpflichten) haftet jeder *in solidum*, doch haben sie nach einer *epistola Divi Hadriani* das *beneficium divisionis*, d. h. das Recht, zu verlangen, daß der Gläubiger *actione divisa* alle anwesenden und zahlungsfähigen *confideiussores* belange und seine Forderung auf sie verteile. (In den Provinzen scheint dieses *beneficium*, da dort die *lex Furia* nicht galt, analog auch den *sponsores* und *fidepromissores* gewährt worden zu sein.) Die Insolvenz eines *confideiussor* erhöht somit (im Unterschied von der *lex Furia*, derzufolge die Schuld geteilt ist) den Haftungsanteil der übrigen. Ist nur einer solvent, so fällt das *beneficium divisionis* ganz weg. Hat ein *fideiussor* gezahlt, so hat er ebenfalls nach Maßgabe des inneren Verhältnisses einen Regreß gegen den Hauptschuldner (*actio mandati contraria* usw.).

Von den drei Arten der *adpromissio* ist ins Justinianische Recht nur die *fideiussio* übergegangen. Doch wurde daselbst durch die Novellen die akzessorische Haftung des *fideiussor* dahin gemildert, daß sie auch noch zu einer subsidiären gemacht wurde. Während nämlich im klassischen Recht der Gläubiger die Wahl hatte, ob er den Hauptschuldner oder den *fideiussor* belangen will, erteilte Justinian diesem das *beneficium ordinis* oder *excussionis*, demzufolge er verlangen kann, daß der Gläubiger zuerst den Hauptschuldner ausklage. Erst wenn und soweit das erfolglos geblieben ist, darf der Gläubiger sich an den *fideiussor* halten, so daß dieser kraft des erwähnten Beneficiums erst in zweiter Linie haftet. Durch besondere Übereinkunft kann aber dieses Benefizium ausgeschlossen werden, ebenso wie das früher erwähnte *beneficium divisionis*.

Die Bürgschaft in allen ihren Gestalten ist eine Art der Interzession, d. h. der Übernahme einer fremden Schuld. Solche Übernahme kann außerdem durch eine Pfandbestellung für eine fremde Schuld, durch *expromissio* (§ 103) usw. erfolgen. Der Interzessionsbegriff ist deswegen von Bedeutung, weil das *S. C. Vellaeanum* (46 nach Chr.) die Interzession von Frauenspersonen verboten hat. Im Anschluß an dieses Gesetz hat dann die Jurisprudenz den Interzessionsbegriff entwickelt und abgegrenzt.

Man unterscheidet kumulative und privative Interzession. Erstere liegt dann vor, wenn die Interzession einer Frau für einen anderen so erfolgt, daß dieser Schuldner bleibt, wie im Falle der Bürgschaft der Pfandbestellung für eine fremde Schuld. Letztere ist dagegen dann vorhanden, wenn die interzedierende Frau an die Stelle des Schuldners tritt, so daß

seine Schuld dadurch erlischt, wie z. B. im Falle der *expromissio* (§ 103 *C.* 2 *b.*). Eine Abart der privativen Interzession ist die sog. *intercessio tacita*, welche darin besteht, daß die Frau von vornherein statt des Dritten, den die Verbindlichkeit materiell betrifft, die Schuld auf sich nimmt, so daß gleich von Anfang nur sie, nicht der Dritte, Schuldner wird. So z. B. dann, wenn sie das Geld, das der Dritte braucht, formell für sich ausleiht, sich als Darlehensschuldnerin verpflichtet, das Geld aber dem Dritten zukommen läßt.

Interzediert eine Frauensperson trotz des *S. C.*, so wird sie dadurch *ipso iure* verpflichtet, findet aber Schutz gegen die Klage in der *exceptio S. C. Vellaeani*, welche nicht einmal eine *naturalis obligatio* übrig läßt. Doch ist dies nur dann der Fall, wenn die Interzession dem Gläubiger ersichtlich ist. Im Falle einer kumulativen Interzession einer Frau kann sich der Gläubiger aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis an den Schuldner halten. Bei privativer Interzession einer Frauensperson ist er *iure civili* schutzlos; denn die Haftung des Schuldners ist durch die Interzession der Frau aufgehoben, und die Interzessionshaftung der Frau ist durch die *exceptio S. C. Vellaeani* entkräftet. Hier half aber der Prätor dem Gläubiger dadurch, daß er ihm gegen den Schuldner die Klage, die er durch die Interzession verloren hatte, restituierte (*actio restitutoria* § 166) und bei der *intercessio tacita* dadurch, daß er dem Gläubiger die Klage gegen den Dritten gab, die er gegen diesen gehabt hätte, wenn er das Rechtsgeschäft (z. B. das Darlehen) mit ihm, nicht mit der Frauensperson abgeschlossen haben würde (sog. *actio institutoria*).*)

§ 84.

Der Litteralkontrakt.

Gai. III, 128—134; Theoph. III, 21.

Der römische Litteralkontrakt hängt mit der Sitte zusammen, ordentliche Hausbücher zu führen. Er kam dadurch zustande, daß auf Grund der Willensübereinstimmung der Parteien eine Eintragung in diese Bücher

*) Eine besondere Art der Sicherstellung von Forderungen des *populus*, der *municipia* und *coloniae* durch Bürgschaft und Pfänder war im älteren Recht das *cavere praedibus praediisque (obligatio praedium praediorumque)*. Der Private, welcher dem Magistrat gegenüber die Verpflichtung zu einer Leistung (z. B. Herstellung eines Tempelbaues u. dgl.) übernahm *(manceps)*, stellte dem Magistrat für Erfüllung seiner Verpflichtung *praedes (praes, praedes dare)*, welche zusammen mit ihm solidarisch hafteten und zwar jeder mit seinem ganzen Vermögen. Mit dieser Sicherung durch persönliche Haftung *(obligatio praedium)* war verbunden eine dingliche Sicherstellung, die *obligatio praediorum* d. h. die Verpfändung von *praedia* seitens des *manceps* und der *praedes (subsignatio praediorum)*, welche in *tabulae publicae* eingetragen wurde. Wurde die Verpflichtung nicht erfüllt, so konnte der Magistrat ohne zivilgerichtliches Verfahren mittelst administrativer Exekution (§ 37 I. 1) das Vermögen des *manceps* und der *praedes*, sowie die verpfändeten *praedia*, verkaufen *(lege praediatoria vendere* mit Vorbehalt eines Einlösungsrechtes für gewisse Zeit, *in vacuum vendere* ohne solchen Vorbehalt). Der Käufer hieß *praediator*. Über *usureceptio ex praediatura* Gai. 2. 61. Karlowa a. a. O. II, S. 47 fg.

gemacht wurde. Erst diese Eintragung erzeugt den Kontrakt, daher sagte man, daß *litteris contrahitur.**)

Die Sitte, solche Hausbücher zu führen, ist wahrscheinlich mit dem Argentarienwesen von Großgriechenland her nach Rom gekommen. Sie war daselbst schon im sechsten Jahrhundert der Stadt so verbreitet, daß jeder besser situierte Bürger solche Bücher führte.

Über die Bücher selbst, die Art der Buchführung sind wir wenig unterrichtet. Außer dem *libellus familiae* oder *patrimonii*, in welchem, vermutlich nach Kategorien geordnet, die Vermögensobjekte verzeichnet waren, werden erwähnt der *codex accepti et expensi* (*tabulae accepti et expensi*, auch *tabulae* schlechtweg genannt) und daneben die *adversaria*. Diese waren ein Notizbuch (Memorial, Journal), in welches alle möglichen Posten ohne Unterschied kurz eingetragen wurden; daraus erfolgte dann, u. zw. wahrscheinlich monatlich, die Übertragung gewisser Posten in die *codices* oder *tabulae accepti et expensi*. Mit Rücksicht darauf sagt *Cicero pro Rosc. Com. 2: — haec (adversaria) sunt menstrua, illae (tabulae) sunt aeternae, haec delentur statim, illae servantur sancte, haec parvi temporis memoriam, illae perpetuae existimationis fidem et religionem amplectuntur.* — Von der Einrichtung der *codices* oder *tabulae* wissen wir so gut wie nichts, bloß aus dem häufig gebrauchten Beisatz *accepti et expensi* schließt man wohl mit Grund, daß sie zwei Folien, eines für die Einnahmen, das andere für die Ausgaben umfaßten. Nach gelegentlichen Notizen bei einzelnen Schriftstellern wurden daselbst eingetragen Kauf-Geschäfte, Vergleiche, Sponsionen, Schenkungen, Darlehen, Zahlungen usw., kurz alle Vermögensvorgänge, so daß man sich aus diesen *codices* oder *tabulae* über den jeweiligen Vermögensstand orientieren konnte *(Cicero pro Cluentio 30 82: — nihil possit neque additum, neque detractum de re familiari latere).* Im Unklaren sind wir auch über die Art der Buchung, soviel läßt sich aber doch sagen, daß dieses Hausbuch ein Kassabuch, nicht ein Kontokurrentbuch gewesen ist. Neben diesen *codices* und *adversaria* wird häufig als besonderes Buch das *Kalendarium*, das Zinsdarlehenbuch genannt, in welches die ausständigen zinsbaren Kapitalien, unter Beifügung der Zinsentermine, eingetragen wurden. Außerdem wurden je nach den Wirtschaftsverhältnissen wohl noch andere Bücher geführt, die den Charakter der Spezialkonti für die einzelnen Wirtschaftszweige haben mochten; die *argentarii* insbesondere führten einen besonderen *codex rationum*, unter welchem wir uns das zentrale Buch.

---

*) Zu dem Folgenden v. Keller Institutionen, Grundriß und Ausführungen 1861 § 125; Danz, Lehrbuch der R. R. G. I. § 151, Voigt, Über die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer, 1887, im X. Bande der Abhandlungen der phil.-hist. Klasse der königl. sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften, Nr. VII); dazu Niemayer in der Zeitschr. der Savigny Stift: Rom. Abt. XI. S. 312 fg.; Schulin, Lehrb. der Gesch. des R. R. § 76; Karlowa a. a. O. II. § 66; Mitteis in der Zeitschr. der Savigny Stift: Rom. Abt. XIX., S. 198 fg.

das dem Bankverkehr entsprechende argentarische Kontokorrentbuch zu denken haben.

An diese Hausbücher u. zw. an die *codices* oder *tabulae accepti et expensi* knüpfte nun der römische Litteralkontrakt an, indem er wahrscheinlich durch Eintragung gerade in dieses Buch zu Stande kam. Soweit wir hierüber unterrichtet sind, war für das Zustandekommen des Kontrakts entscheidend: die Eintragung seitens des Gläubigers in sein Hausbuch, welche als *expensum ferre (expensilatio)* bezeichnet wird. Gaius erwähnt solche Gläubigereintragung in zwei Anwendungen. Daß sie Geld zum Gegenstand habe, wird bei der einen (Nr. 1) ausdrücklich erwähnt, ist aber wohl auch bei der anderen (Nr. 2) im Sinne des Gaius vorauszusetzen. Diese zwei Eintragungen sind die *nomina arcaria* und die *nomina transscripticia.*

1. Bei der einen Eintragung, welche zum *nomen arcarium* führt, wird eine wirkliche effektive Geldleistung vom Geldgeber zu Lasten des Empfängers gebucht. Handelte es sich hiebei um ein Kreditgeschäft, so wurde der Empfänger durch den Empfang der Geldsumme, und nicht durch die Buchung, mit a. W. *re* nicht *litteris,* zum Schuldner. Die Eintragung schuf daher hier keine Obligation, sondern diente nur zum Beweise des durch *res* (§ 85) begründeten Schuldverhältnisses, oder wie Gaius sagt: *arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.*

2. Den Litteralkontrakt begründete nur die andere Art der Gläubigereintragung, die zu den *nomina transscripticia* führt. Gaius unterscheidet zwei Arten solcher *transscriptio:*

a) Die *transscriptio a re in personam,* durch welche der Gläubiger den Betrag, den ihm Titius bereits *ex emptionis causa aut conductionis aut societatis* usw. schuldet, als diesem geleistetes *expensum* einträgt. Durch solches auf den Titius lautendes *expensum ferre,* Zustimmung des letzteren natürlich vorausgesetzt, wird die bisherige Kaufs-, Miets-, Sozietätsschuld in eine *litterarum obligatio,* d. h. in eine Buchschuld umgewandelt, Titius schuldet jetzt nicht mehr *ex empto, conducto* usw., sondern aus dem Litteralkontrakt; die Kaufs-, Mietsschuld usw. ist zur Buchschuld geworden.

b) Die *transscriptio a persona in personam,* durch welche der Gläubiger das was ihm vom Seius z. B. *ex causa emptionis* geschuldet wird, als *expensum* zu Lasten des Titius, einverständlich mit diesem, einträgt. Daraufhin schuldet jetzt nicht mehr Seius, sondern nur Titius den zu seinen Lasten gebuchten Betrag, u. zw. nicht aus dem Kauf, sondern aus dem Litteralkontrakt, als Buchschuld, Seius ist frei.

Diese *transscriptio* in beiden Anwendungen wird durch den vom Gläubiger in seinem Hausbuch *(codex accepti et expensi)* u. zw. auf dem Folium: *expensum* vorgenommenen Litteralakt: das *expensum ferre,* bewirkt. Wie diese Eintragung des Näheren lautete, ist uns nicht bekannt. Eben-

sowenig wissen wir: ob sie rechtswirksam nur in Anwesenheit des Schuldners oder (wie man gewöhnlich annimmt) auch in Abwesenheit desselben erfolgen konnte, weiters ob dieser seine jedenfalls erforderliche Zustimmung stillschweigend durch Assistenz beim *expensum ferre* oder anders, formlos oder in gewisser Form (etwa wie uns Theophilus berichtet: *expensos mihi tulisti*), durch entsprechende Eintragung in seinem *codex* oder durch besondere schriftliche Zustimmungsurkunde *(epistola)* oder endlich durch Vermerk (Unterschrift) bei der *expensilatio* im Buche des Gläubigers zu erklären hatte, beziehungsweise erklären konnte. Über alles das können nur mehr oder weniger wahrscheinliche Vermutungen aufgestellt werden. Fest steht nur das, daß der Litteralkontrakt mit der als *expensum ferre* bezeichneten, vom Gläubiger vorgenommenen Buchung im engsten Zusammenhang steht, daher die römische Litteralschuld treffend als Buchschuld bezeichnet worden ist.

In der Gestalt, in welcher das *litteris contrahere* bei Gaius auftritt, als *transscriptio,* dient es nur dazu, ein bereits anderweitig begründetes Schuldverhältnis in eine Buchschuld umzuwandeln und dadurch von seinem ursprünglichen Entstehungsgrund, Kauf, Miete usw. loszulösen. Natürlich mußte auf das umzuwandelnde alte Schuldverhältnis in dem Bucheintrag irgend wie Bezug genommen worden sein; ob das aber in der Weise geschah (was nicht unwahrscheinlich ist), daß es vorerst durch sog. *acceptum ferre* seitens des Gläubigers (auf dem Folium *acceptum*) formell quittiert und im Zusammenhang damit sofort der gleiche Betrag zu Lasten des Schuldners etwa als fiktives Darlehen in das *expensum* gesetzt wurde, muß dahingestellt bleiben. Auch das ist uns nicht bekannt, ob das *expensum ferre* nur auf Grund des wirklichen Bestandes des alten Schuldverhältnisses oder auch bei bloß irrig vorausgesetztem Bestand desselben obligierend wirkte und ob im letzteren Falle eine ähnliche Behandlung wie bei der Stipulation Platz griff (§ 82 *B*). Endlich können wir auch darüber keine sichere Auskunft geben, ob das *litteris contrahere* bloß auf die Fälle der *transscriptio* beschränkt war, oder ob durch das *expensum ferre* Schuldverhältnisse nicht bloß umgewandelt, sondern auch ganz neu begründet werden konnten; Gaius gibt uns für die Annahme des letzteren keinen sicheren Anhaltspunkt.*)

Die geschilderte *transscriptio* war zweifellos zwischen römischen Bürgern anwendbar. Dagegen war es bestritten, ob durch das *expensum ferre* auch Peregrinen obligiert werden konnten. Sabinus und Cassius bejahten das nur für die *transscriptio a re in personam,* Nerva leugnete es auch für diesen Fall, ausgehend davon, daß *talis obligatio quodammodo iuris civilis* sei. Mag dem sein wie ihm wolle, jedenfalls gab es für Peregrinen, u. zw. des griechischen Rechtsgebietes, andere Schriftakte, durch welche *litterarum obligatio fieri videtur,* nämlich die sog. *chirographa* und *syngrapha.* Beide waren, der Form nach verschieden, Verpflichtungsscheine,

*) Das *veluti* in Gai. III. 128 findet seine Rechtfertigung schon im III. 134.

vorwiegend ausgestellt auf ein fiktives Darlehen *(δάνειον)*, durch welche jemand ohne Rücksicht auf die materielle *causa* und wirklichen Geldempfang *litteris* verpflichtet wurde.**) Mit ihrer Geltung im peregrinischen Rechtsverkehre hängt wohl auch die Änderung der Bedeutung der Stipulationsurkunden zusammen, die im § 82 *D.* angedeutet wurde.

Der römische Litteralkontrakt ist gegen Ende des dritten Jahrhunderts n. Chr. mit den *codices accepti et expensi* und der zunehmenden Bedeutung der Stipulationsurkunden verschwunden, das Justinianische Recht kennt ihn nicht mehr.

§ 85.

Die Realkontrakte

Gai. III, 90. fg.; J. *qb. m. re.* III, 14; l. 7. § 2. D. *de pact.* II, 14; l. 5. pr. §§ 1, 2. D. *de praesc. verb.* XIX, 5.

Die Realkontrakte werden nicht schon durch den Konsens der Parteien, sondern erst durch *res*, d. h. durch einen tatsächlichen Vorgang geschlossen. Dieser besteht in der *obligandi causa* geschehenen Leistung von der einen Seite und in der korrespondierenden Entgegennahme derselben von der anderen Seite. Der bloß präparatorische Vertrag, einen Realkontrakt zu schließen, z. B. ein Darlehen zu geben *(pactum de contrahendo)*, ist noch nicht der Realkontrakt, dieser kommt erst durch die *credendi causa* geschehene Tradition des Zugesicherten zustande. Diese *res* ist nicht etwa Form, sondern tatsächlicher Vollzug des *animus credendi* von der Gläubigerseite. Sie erfolgt *contrahendi*, nicht *solvendi causa*. Die Realkontrakte können nicht bloß zwischen Anwesenden, sondern auch zwischen Abwesenden (durch Übermittlung der *res*) geschlossen werden.

I. Die Realkontrakte des klassischen Rechtes sind folgende:

A. Das *mutuum (μοῖτον)* oder das Darlehen. Dies entsteht durch Übergabe einer Quantität vertretbarer (§ 39) Sachen ins Eigentum des Empfängers, behufs Verpflichtung desselben zur Rückgabe von Sachen gleicher Quantität und Qualität. Wird der Empfänger durch die *credendi causa* geschehene Tradition nicht Eigentümer, so entsteht das Darlehen erst durch die redliche Konsumtion des Empfangenen, bei Geld auch durch die ununterscheidbare *commixtio* (§ 47). Das Darlehen erzeugt eine streng einseitige Obligation auf Rückgabe des Empfangenen *in genere* (nicht *in specie*), also nur auf *tantundem*, nie auf mehr. Der Darleiher wird nur Gläubiger, der Empfänger nur Schuldner. Die Klage aus dem Darlehen ist die *condictio mutui*, welche, obwohl sie in der *fides* wurzelt, doch *stricti iuris* ist. Je nachdem Geld oder andere Quantitäten dargeliehen worden

**) Mitteis Reichs- und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs. 1891. S. 460 fg.

sind, ist sie formell eine *actio de certa credita pecunia (condictio certi)* oder eine *condictio triticaria.* Zinsen *(usurae)* können mit dieser Klage nicht begehrt werden, insbesondere auch nicht Verzugszinsen durch den Richter zuerkannt werden (§ 77 II. *A*). Sollen Zinsen geschuldet werden, so muß neben dem Realkontrakt des Darlehens noch ein besonderer Verbalkontrakt: die Zinsenstipulation, geschlossen werden. Durch ein *S. C. Macedonianum* (wahrscheinlich aus der Zeit Vespasians) wurden Geld darlehen an Hauskinder verboten. Trotz des Verbotes ist aber auch ein solches Darlehen *ipso iure* giltig, allein der Prätor gibt gegen die Klage daraus die *exceptio S. C. Macedoniani,* welche der Darlehensobligation aber doch die Bedeutung einer *naturalis obligatio* (§ 76) beläßt. Eine besondere Art des Darlehens ist die, wohl dem griechischen Seeverkehr entlehnte, *pecunia traiecticia,* das Seedarlehen, demzufolge der Darleiher verabredetermaßen nur dann forderungsberechtigt sein soll, wenn die zu Schiff gebrachte Darlehenssumme oder die damit angeschafften Waren glücklich am Bestimmungsorte ankommen. Da hier der Darleiher die Gefahr des Seetransportes trägt, so darf er sich Zinsen über das sonst erlaubte Zinsenmaximum (sogar durch *pactum*) bedingen. Justinian beschränkte diese Zinsen *(foenus nauticum)* auf 12 Prozent jährlich (*centesimae usurae,* § 82). Für den Rechtsbestand des Darlehens ist ein Schuldschein nicht notwendig. Die Ausfertigung eines solchen hat nur für den Beweis Bedeutung.

B. Das *commodatum, depositum* und *pignus.* Diese drei Realkontrakte sind sämtlich *bonae fidei,* die Parteien sind daher zu dem verpflichtet, was die *bona fides* im betreffenden Fall verlangt (§ 76). Weiter treffen diese Kontrakte darin überein, daß bei ihnen unter Umständen (z. B. wegen Verwendungen, die der Empfänger auf die Sache gemacht hat, wegen Verschuldens des Gebers usw.) auch eine durch *actio contraria* (§ 79) verfolgbare Verpflichtung des Gebers platzgreift. Endlich haben sie das gemeinsam, daß der Geber nicht Eigentümer des Hingegebenen zu sein braucht, der Empfänger aber es nicht sein darf.

1. Das *commodatum (utendum dare)* oder der Leihvertrag kommt zustande durch Hingabe einer beweglichen oder auch unbeweglichen Sache an einen anderen (Kommodatar) zu bestimmtem unentgeltlichen Gebrauch. Nach gemachtem Gebrauch oder nach Ablauf der gewährten oder den Umständen entsprechenden Gebrauchszeit hat der Kommodatar die Sache, und zwar *eandem speciem,* an den Kommodanten zurückzugeben. Da der Kommodatar allein von dem Geschäft den Vorteil hat, so haftet er für *dolus* und *omnis culpa (lata* und *levis).* Diese Verpflichtungen werden gegen ihn vom Kommodanten mit der *actio commodati directa* geltend gemacht. Die bloß nach Lage der Umstände sich ergebende Verpflichtung des Kommodanten führt zur *actio commodati contraria* des Kommodatars gegen den Kommodanten. Da dieser von dem Geschäft gar keinen Vorteil

hat, haftet er nur für *dolus* und *culpa lata* (§ 76). Durch das Kommodat erlangt der Kommodatar nicht juristischen Besitz, sondern nur Detention der Sache (§ 42).

2. Das *depositum* oder der Hinterlegungsvertrag wird geschlossen durch Hingabe einer beweglichen Sache zur unentgeltlichen Aufbewahrung. Der Depositar darf die Sache nicht gebrauchen, sondern hat sie nur aufzubewahren und dem Deponenten auf dessen Verlangen sofort zurückzugeben, und zwar regelmäßig *in specie*. Da der Depositar keinen Vorteil vom Depositum hat, so haftet er bloß für *dolus* und *culpa lata*. Wegen dieser seiner Verpflichtungen hat der Deponent gegen ihn schließlich die *actio depositi directa*, als deren Vorläufer die in den XII Tafeln *ex deposito* gegebene Klage mit Deliktsnatur erscheint. Hat der Depositar das Depositum anläßlich eines Notstandes *(tumultus, ruinae, incendii, naufragii causa*, sog. *depositum miserabile)* übernommen, so geht die Klage im Falle doloser Ableugnung gegen ihn auf das Doppelte. Verurteilung des Depositars infolge der *actio depositi directa* hat Infamie (§ 35) zur Folge. Die eventuelle Klage des Depositars gegen den Deponenten ist die *actio depositi contraria*. Da dieser allein den Vorteil vom Depositum hat, so haftet er auch für *culpa levis*. Werden vertretbare Sachen *depositi causa* nicht verschlossen übergeben, sondern zugezählt usw., so wird der Depositar *debitor quantitatis*, d. h. er schuldet *tantundem in genere*, nicht *in specie*. Folgeweise wird er Eigentümer der empfangenen Stücke. Das ist das *depositum irregulare*, bei welchem schon durch *pactum adiectum* (ohne Stipulation) eine Zinsenverbindlichkeit begründet wurde und richterlicherseits auch Verzugszinsen zuerkannt werden konnten.

3. Endlich das *pignus* oder der Pfandkontrakt kommt dadurch zustande, daß eine bewegliche oder unbewegliche Sache jemandem als Pfand *(pignus)* hingegeben wird. Dadurch wird der Empfänger juristischer Besitzer. Ist der Verpfänder Eigentümer der hingegebenen Sache, so entsteht dadurch das früher behandelte dingliche Pfandrecht. Immer hat aber solche pfandweise Hingabe auch obligatorische Bedeutung, da der Verpfänder dadurch ein Forderungsrecht gegen den Empfänger auf Rückgabe der Pfandsache nach Tilgung der Pfandschuld erhält. Dieser obligatorischen Wirkung wegen ist die pfandweise Übergabe der Pfandkontrakt; in diesem Sinne haben wir hier vom *pignus* zu handeln. Der Pfandkontrakt liegt im Interesse beider Teile, weshalb beide auch für *culpa omnis*, also für *dolus, culpa lata* und *levis* haften. Die Hauptverpflichtung ist die des Pfandempfängers, diese entsteht mit Tilgung der Pfandschuld und ist auf Rückgabe des Besitzes der Pfandsache *in specie*, im Falle der *distractio pignoris* auf Herausgabe der *hyperocha* (§ 71) gerichtet. Sie wird geltend gemacht durch die *actio pigneraticia directa* des Verpfänders. Die eventuelle Gegenklage des Pfandempfängers (z. B. wegen Eviktion der Pfandsache) ist die *actio pigneraticia contraria*.*)

*) Zu den Realkontrakten zählen die römischen Juristen nicht die *fiducia* (§ 69,)

II. Die Realkontrakte haben später, und zwar wohl erst im Justinianischen Recht, eine Erweiterung erfahren durch die sog. Innominatkontrakte. Mit diesen unbenannten Kontrakten hat es folgende Bewandtnis: Formlose Vereinbarungen über Leistung und Gegenleistung *(συνάλλαγμα)* begründeten, sofern sie nicht einen der gleich zu behandelnden Konsensualkontrakte bildeten, keine Obligation; sie waren rechtlich unverbindlich. Wurde jedoch in Gemäßheit solcher Vereinbarung von einer Seite das Vereinbarte geleistet, so entstand durch *res* zwar nicht die beabsichtigte, also kontraktliche, Obligation auf die bedungene Gegenleistung, wohl aber daraufhin eine unbeabsichtigte, quasikontraktliche, Obligation des Empfängers auf Rückgabe. Leistete nämlich der Empfänger des *datum ob causam* die bedungene Gegenleistung später nicht, so war infolge dessen die *causa* der ihm gemachten Vorleistung *non secuta* und dadurch der Empfänger, behufs Abwendung seiner grundlosen Bereicherung, verpflichtet, das Empfangene zurückzugeben. Auf diese Rückstellung des *datum ob causam (ob causam non secutam)* konnte er vom Geber mit der *condictio ob causam datorum* belangt werden.

Eine Klage auf Effektuierung der vereinbarten bedungenen Gegenleistung wurde im klassischen Recht nur von Fall zu Fall gewährt, und zwar war dies die *actio incerti* (§ 76), der in dieser Anwendung eine kurze Schilderung des Sachverhalts *(praescripta verba)* vorangeschickt wurde. Schon Labeo kennt dieses *agere praescriptis verbis.* Proponiert im Edikt war eine solche *actio praescriptis verbis* nur unter der Rubrik: *de aestimato,* für den Fall, daß eine *res aestimata vendenda datur* u. zw. so, daß der Empfänger (Trödler) entweder die Sache zurückzubringen, oder die vereinbarte *aestimatio* zu leisten habe (der etwaige Mehrerlös verbleibt ihm). In allen übrigen Fällen wurde sie nach Befund *ad exemplum* dieser Klage gegeben. Keinesfalls kennt das klassische Recht bereits eine alle Fälle obigen durch *res* von einer Seite vollzogenen Synallagmas umfassende einheitliche *actio praescriptis verbis**) auf Erfüllung der bedungenen Gegenleistung. Diese kommt erst im Justinianischen Recht vor und heißt hier auch *actio in factum civilis;* sie ist in dasselbe wahrscheinlich auf dem Wege der Interpolation gekommen. Erst mit der allgemeinen Zulässigkeit dieser Klage bewirkt die *res* auf Grund obiger Vereinbarung ohne weiters eine klagbare Verpflichtung auf die vertragsmäßige Gegenleistung. Erst jetzt sind daher diese Geschäfte Kontrakte, und zwar, da die Klagbarkeit von der Vorleistung *(datio ob causam, res)* abhängig ist, Realkontrakte, welche deswegen als Innominatkontrakte bezeichnet werden, weil sich

---

sie bezeichnen und behandeln sie überhaupt nicht als *contractus.* Zweifellos begründet sie obligatorische Verhältnisse. Die Hauptklage daraus ist die *actio fiduciae directa* (§ 68), die bloß eventuelle Klage des Empfängers die *actio fiduciae contraria.* Beide Klagen sind *bonae fidei.*

*) Siehe überhaupt Gradenwitz, Interpolationen in den Pondekten 1887, S. 174 fg.

für alle diese die verschiedensten Leistungen und Gegenleistungen umfassenden Verabredungen eine allgemeine feste Bezeichnung nicht gebildet hat. Durch diese kontraktliche Klage auf Gegenleistung, mit a. W. durch die *actio praescriptis verbis,* wurde die schon im klassischen Recht zulässige *condictio ob causam* in obiger Anwendung nicht beseitigt; vielmehr hatte jetzt der Geber die Wahl, ob er mit der *actio praescriptis verbis* auf Erfüllung klagen, oder seinerzeit wegen Ausbleibens der Erfüllung *(ob causam non secutam)* die *condictio ob causam* anstellen wolle. Außerdem wurde aber das klassische Recht auch noch dahin abgeändert, daß dem Geber, unbeschadet der ihm bereits zustehenden *condictio ob causam,* noch eine zweite *condictio ob poenitentiam* gegeben wurde. Reut ihn nämlich das Geschäft *(si poenitet),* so kann er jetzt auch sofort vom Geschäft zurücktreten und *ob poenitentiam* das Gegebene zurückfordern, ohne also abwarten zu müssen, ob der Empfänger das Bedungene leisten wird oder nicht. Selbstverständlich kann dann, wenn er dies *ius poenitendi* ausübt, von der *actio praescriptis verbis* nicht mehr die Rede sein.

Wegen der Mannigfaltigkeit dieser Innominatkontrakte hat das Justinianische Recht für dieselben das Schema aufgestellt: *do ut des, do ut facias, facio ut des* und *facio ut facias.* Ein Hauptfall solchen Innominatkontraktes ist der Tausch, der nach römischem Recht nicht schon (wie der Kauf) durch Konsens, sondern erst durch *res,* d. i. durch Leistung von einer Seite zustande kommt. Die Frage der Kulpahaftung bei diesen Kontrakten bestimmt sich ebenfalls danach, in wessen Interesse das Geschäft gelegen ist. Je nachdem es daher nur im Interesse eines Teiles oder beider Teile geschlossen wurde, wird sich dann einseitige oder beiderseitige Kulpahaftung ergeben.

§ 86.

Die Konsensualkontrakte.

Gai. III, 135—138; J. *de cons. obl.* III, 22.

Von der Regel, daß durch den bloßen Konsens noch kein Kontrakt entstehe, gibt es nach römischem Recht vier Ausnahmen. Diese Ausnahmefälle, in denen der Kontrakt *consensu* allein geschlossen wird *(consensu contrahitur),* sind die Konsensualkontrakte, nämlich: der Kauf, die Miete, die Sozietät und das Mandat. Bei diesen vier Geschäften kommt es nur darauf an, daß erklärte Willensübereinstimmung der Parteien vorliegt: wie diese Erklärung erfolgt, ob ausdrücklich oder stillschweigend, mündlich, brieflich, durch Zeichen usw., ist ganz gleichgiltig. Auch Leistung von der einen Seite *(res)* wird zur Perfektion dieser Kontrakte nicht verlangt; wird eine *arra, arrha, ἀρραβών,* (Darangabe) beim Abschluß gegeben, was bei Kauf und Miete häufig der Fall ist, so ist dies nach römischem Recht nur ein *argumentum perfectae emtionis* usw. und nicht ein Erfordernis der Giltigkeit des Kontrakts. Ebensowenig ist die Ausfertigung einer

Kontraktsurkunde für den Rechtsbestand des Konsensualkontraktes notwendig, sondern hat nur für den Beweis Bedeutung. Konsensualkontrakte können zwischen Anwesenden und Abwesenden (z. B. durch Boten, Korrespondenz) geschlossen werden. Sie sind sämtlich *negotia bonae fidei*, jede Partei ist zu dem verpflichtet, *quidquid dare facere oportet ex fide bona.*

§ 87.

Der Kauf.

Gai. III. 139—141 J. *de empt. et vend.* III, 23; l. 2. C. *de resc. v.* IV, 44; Paul *sent.* II, 17. §§ 3, 4; l. 37 § 1. D. *de evict.* XXI, 2; l. 1, § 1 l. 38. pr. § 5. D. *d. aedilic. ed.* XXI, 1; Bruns, p. 288 sq.; 322 sq.

Der Kauf *(emptio, venditio)* ist der Kontrakt, durch welchen sich der eine Kontrahent zur Leistung einer Ware, der andere zur Leistung einer Geldsumme verpflichtet. Er bezweckt Umtausch der Ware gegen Geld und umgekehrt. Das alte Recht kennt nur den Kauf Zug um Zug, der bei den *res mancipi* durch die *mancipatio* (als Barkauf, § 51), bei den *res nec mancipi* durch Tradition der Sache gegen Zahlung des Preises sofort beiderseits vollzogen wurde. Dieser Kauf hatte rechtlich die Bedeutung eines Eigentumserwerbsgrundes, beziehungsweise eines Usukapionstitels (§ 56), obligatorische Wirkung hatte er, abgesehen von der später zu erwähnenden *actio auctoritatis*, nicht. Zum obligatorischen Geschäft wurde der Kauf erst, nachdem die formlose Kaufberedung selbst klagbar geworden war, was wohl bereits zu Plautus' und Cato d. Ä. Zeit der Fall war.*) Mit diesem formlosen Kauf, der Entstehungsgrund von Obligationen ist (obwohl er natürlich auch jetzt noch Grundlage dinglicher Rechte sein kann), haben wir es hier zu tun.

A. Dem Kauf charakteristisch ist die Unterscheidung zwischen Ware *(merx)* und Preis *(pretium)*. Dadurch unterscheidet er sich vom Tausch, bei dem Sache gegen Sache gegeben wird. Ware, d. i. Kaufsobjekt, kann alles sein, was im Verkehr steht, *res corporales* und *incorporales*, und zwar beide als gegenwärtige und zukünftige, z. B. die künftige Ernte eines bestimmten Grundstückes. Beispiele verkäuflicher *res incorporales* sind die Superfizies, Forderungen u. a. Insbesondere können auch Servituten verkaufsweise bestellt (§ 63) werden, dagegen sind bestehende Servituten

*) Noch immer wirkte aber der ursprüngliche Charakter des Kaufes — bloße Erwerbskausa — nach. Deshalb findet sich auch später in den römischen Rechtsquellen, höchstens mit Ausnahme von Frag. Vat. 16, kein wahrer Genuskauf (*centum modii ritici Africi optimi*, während Stipulationen (§ 82) solchen Inhalts nicht selten sind). Denn als Erwerbskausa setzt der Kauf etwas Konkretes, Individualisiertes, also eine *certa species* voraus, Die Quantitäten-Käufe, welche die Quellen erwähnen, sind abgesehen von Frag. Vat. 16 nur Käufe individuell bestimmter Quantitäten (100 *modii* des in Brundusium lagernden Weizens u. dgl.), also Spezies-Käufe, nicht Genuskäufe (§ 74) Karlowa a. a. O. II S. 616.

nicht verkäuflich, mit Ausnahme des Ususfruktus, der der Ausübung nach veräußerlich und verkäuflich ist (§ 62). Der Preis muß in Geld bestehen und objektiv bestimmt sein. Zulässig ist auch Verkauf um den Preis, den ein Dritter bestimmen wird. Dies ist ein bedingter Kauf, abhängig davon, daß der Dritte den Preis bestimmt. Bestimmt er den Preis, so gilt er; bestimmt er aus irgend einem Grunde den Preis nicht, so wird der Kauf *(deficiente condicione)* hinfällig. Sobald die Parteien über Ware und Preis einig geworden sind, ist der Kauf geschlossen; der Preis braucht kein dem Wert der Sache angemessener zu sein, denn man kann teuer oder wohlfeil kaufen. Nur dann, wenn der Preis weniger als die Hälfte des wahren Wertes der Sache beträgt *(laesio enormis, laesio ultra dimidium)*, kann der Verkäufer den trotzdem giltigen Kauf, aber erst nach einem Gesetz Diokletians, anfechten. Doch auch dieser Anfechtung gegenüber kann der Käufer den Kauf dadurch aufrecht halten, daß er das zum wahren Wert der Sache Fehlende zuzahlt.

B. Die Wirkung des Kaufes ist die Entstehung zweier gegenseitiger Obligationen zwischen Käufer und Verkäufer (§ 79). Das der Verpflichtung des Verkäufers entsprechende Forderungsrecht des Käufers wird durch die *actio empti*, das der Verpflichtung des Käufers korrespondierende Forderungsrecht des Verkäufers dagegen durch die *actio venditi* geltend gemacht. Beide Klagen sind sofort mit der Perfektion des Kaufes begründet und setzen zu ihrer Entstehung nicht noch voraus, daß der Kläger bereits seine Verpflichtung aus dem Kaufkontrakt erfüllt habe. Doch gab der Prätor dann, wenn ein *argentarius* wegen einer von ihm in einer Auktion verkauften Sache vor Übergabe derselben den Käufer mit der *actio venditi* auf Zahlung des Preises klagte, diesem die *exceptio mercis nondum traditae*. In der Kaiserzeit wurde diese *exceptio* auf alle Käufe ausgedehnt und eine ähnliche *exceptio* auch dem Verkäufer gegen die *actio empti* auf Lieferung der Sache vor Zahlung des Preises gegeben *(exceptio non adimpleti contractus)*.

Der Inhalt dieser gegenseitigen Obligationen ist des näheren folgender:

1. Der Käufer ist verpflichtet, den Kaufpreis dem Verkäufer zu bezahlen u. zw. so, daß dieser Eigentümer der Geldstücke wird. Vom Empfang der Ware an (außerdem im Falle der *mora*, § 77) hat er den Kaufpreis zu verzinsen.

2. Der Verkäufer anderseits ist verpflichtet, das Kaufobjekt, wenn es eine Sache ist, zu tradieren, *res mancipi* mußte er außerdem auch noch manzipieren (oder *in iure* zedieren). Für Eigentumsübertragung haftet er jedoch nur dann, wenn er diese Haftung besonders übernommen hat, sonst haftet er dem Käufer nur dafür, daß dieser auf Grund des Kaufes die Sache ungestört behalten und benützen kann, d. h. für das *uti frui habere possidere licere*. Der Verkäufer prästiert endlich, da das

Geschäft ja auch in seinem Interesse ist, *omnis culpa (dolus, culpa lata, levis).*

C. Einer besonderen Hervorhebung bedürfen noch folgende Punkte:

1. Mit der Perfektion des Kaufes geht die Gefahr *(periculum)* des Kaufsobjektes sofort auf den Käufer über. Geht nämlich jetzt die Sache noch vor der Tradition an den Käufer ohne Verschulden des Verkäufers (also durch Zufall) zugrunde, oder wird sie ohne sein Verschulden verschlechtert, so muß der Käufer gleichwohl den vollen Preis zahlen, obwohl er im ersten Falle nichts, im zweiten Falle die verschlechterte (vielleicht ja ganz wertlose) Sache erhält.*) Von ihm verschuldeten Untergang oder solche Verschlechterung muß natürlich der Verkäufer prästieren (§ 77).

2. Haftung für Eviktion. Der Verkäufer haftet an sich dem Käufer nur für das *habere licere.* So lange daher der Käufer auf Grund des Kaufes die Sache behalten kann, sollte er auch nachweislich nicht Eigentümer geworden sein, hat er, von besonderem *pactum* abgesehen (oben *B.*) gegen den Verkäufer keinen Anspruch. Solchen erlangt er erst mit der Eviktion, d. h., um den Hauptfall hervorzuheben, erst dadurch, daß der Eigentümer dem Käufer das Kaufsobjekt durch *rei vindicatio* abnimmt. Diese Eviktionshaftung des Verkäufers gestaltet sich verschieden:

a) Beim Manzipationskauf hatte der Käufer kraft des Gesetzes diesbezüglich die *actio auctoritatis.* Hatte nämlich der Verkäufer dem Käufer gegen die *rei vindicatio* des Dritten nicht beigestanden *(auctoritatem defugere)* oder war der Käufer trotz dieses Beistandes dem Vindikanten gegenüber unterlegen, so hatte der Käufer jetzt nach erlittener Eviktion der Sache gegen den Verkäufer obige Klage auf das *duplum* des Kaufpreises. Später wurde diese gesetzliche Verpflichtung des Manzipanten noch zum Gegenstand einer besonderen Stipulation gemacht, wohl deswegen, damit dafür *sponsores* und *fidepromissores* (welche nur bei einer *verborum obligatio* möglich waren, § 83) eintreten könnten. Diese durch Bürgen gesicherte Stipulation ist die *satisdatio secundum mancipium.*

b) Beim Kauf ohne Manzipation, welcher später die Regel wurde, mußte für den Eviktionsfall vorerst stets durch besondere Stipulation vor-

*) Auch das ist eine Nachwirkung dessen, daß der Kauf ursprünglich nur Erwerbskausa und Barverkauf war, der gleich Zug um Zug vollzogen wurde. Wer zu dieser Zeit eine Sache gekauft hatte, der hatte sie daher hierdurch schon erworben; daß ihn von diesem Momente an schon die Gefahr traf, war daher ganz erklärlich. Obwohl nun später Kaufsabschluß und Übergabe der Sache der Zeit nach häufig auseinanderfielen, der ganze Vorgang zerzogen wurde (Unger), so blieb man doch dabei stehen, daß der Gefahrübergang nach wie vor an die Perfektion des Kaufsabschlusses geknüpft sei. Denselben Grund hat es, daß bei der *usucapio pro empore bona fides* auch im Moment des Kaufsschlusses gefordert wird (§ 56) und daß die Tradition des Kaufsobjektes nicht als *ex causa solutionis,* sondern nur als *ex causa emtionis* geschehen gilt (§ 53).

gesehen werden. Dies geschah durch die *stipulatio duplae*, durch die sich der Verkäufer für den Eviktionsfall zur Zahlung der *dupla* des Kaufpreises (— *quanti pretii ea puella empta est tantam pecuniam et alterum tantum dari* — Bruns, p. 330), mitunter auch des Interesses (— *quantum id erit — tantam pecuniam duplam* — Bruns, p. 329 sq.) verpflichtete. Nach dem Edikt der Ädilen (§ 8) mußte der Verkäufer diese Stipulation eingehen, widrigens konnte der Käufer die gleich zu erwähnenden ädilizischen Klagen *(a. redhibitoria intra duos, a. quanti minoris intra sex menses utiles, a die venditionis* oder *dicti promissi)* gegen ihn anstellen. Außerdem konnte schließlich deshalb auch schon vom Standpunkt der *bona fides* aus mit der *actio empti* auf das Interesse geklagt werden.

c) Endlich ließ man auch ohne *stipulatio duplae* wegen erlittener Eviktion die *actio empti* auf das zu *quod emtoris interest rem evictam non esse.* Sobald der Käufer die Sache usukapiert hat, wird die Eviktionshaftung bedeutungslos.

3. Haftung für Mängel der Sache. Nach älterem Recht haftete der Verkäufer für die Beschaffenheit der Kaufsache (abgesehen von der *actio de modo agri* auf das *duplum*) nicht. Diesbezüglich konnte auch nur durch besondere Stipulation vorgesorgt werden. Hier griff später das Edikt der *aediles curules* (§ 8) ein, welches für den Marktverkauf von Sklaven und Vieh bestimmte, daß der Verkäufer die nicht in die Augen fallenden Mängel des Kaufsobjektes, sofern sie den Gebrauch desselben beeinträchtigten, dem Käufer anzuzeigen verpflichtet sei *(qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitii cuique sit. — Qui iumenta vendunt, palam ante dicunto, quid morbi* usw. *sit).* Unterläßt er diese Anzeige (wenn auch aus eigener Unkenntnis der Mängel), so hat der Käufer gegen ihn die *actio redhibitoria* (binnen *sex menses utiles*) auf Rückgabe des Preises samt Zinsen gegen Rückstellung der Kaufsache und des *commodum rei* — oder die *actio quanti minoris* (innerhalb eines *annus utilis*) auf verhältnismäßige Preisminderung. Beide Klagen, zwischen denen der Käufer die Wahl hat, können auch wegen mangelnder, besonders zugesagter Eigenschaften der Kaufsache *(dictum promissum)* angestellt werden. Obige Fristen beginnen frühestens *ex die venditionis* oder *ex eo quo dictum promissum est.* Da sie aber *utile tempus* (§ 24) sind, ist der erste einigermaßen ersichtbare Tag immer erst der, *quo primum experiundi potestas fuerit.* Für das Abhandensein nicht angezeigter Mängel, sowie wegen des *dictum promissum* konnte der Käufer auch noch besondere Garantie durch Stipulation verlangen, welche mit obiger *stipulatio duplae* gewöhnlich verbunden wurde, aber selbst nur auf das *simplum* (Interesse) ging. Wurde solche Garantiestipulation vom Verkäufer verweigert, so konnte der Käufer schon deswegen binnen zwei bezw. sechs Monaten die ädilizischen Klagen anstellen. Endlich mag noch bemerkt

werden, daß schließlich der Mängel wegen auch noch die *actio empti* auf das Interesse angestellt werden konnte, aber nur wegen des *dolus* und *dictum promissum* des Verkäufers.

Schon zu Labeos Zeiten wurden die Bestimmungen des ädilizischen Ediktes über die Marktkäufe von Sklaven und Vieh hinaus auf alle Käufe jeder Art von Sachen angewendet.

§ 88.

Die Miete.

Gai. III, 142–147; J. *de loc. et cond.* III, 23; l. 25, § 6 D. *loc.* XIX; 2 Bruns, p. 238. sq.

Die Miete *(locatio conductio)* ist entweder Sachmiete *(l. c. rei)*, oder Dienstmiete *(l. c. operarum)* oder Werkmiete *(l. c. operis)*. Alle drei Arten haben das gemeinsam, daß der eine Kontrahent für das, was ihm der andere Kontrahent zu gewähren verpflichtet ist, einen in Geld bestehenden Zins oder Lohn *(merces, pensio)*, der so wie der Kaufpreis beschaffen sein muß, zu leisten hat. Sofern Kulpahaftung in Frage kommt, haftet jeder Teil für *omnis culpa*. Die Miete erzeugt zwei gegenseitige Obligationen und demgemäß zwei Klagen: einerseits die *actio locati*, anderseits die *actio conducti*.

A. Die Sachmiete *(l. c. rei)* ist die Überlassung der Benützung einer Sache für eine gewisse Zeit gegen den vorerwähnten Zins. Bezweckt die mietweise Benützung der Sache Fruchtgewinnung, so nennen wir die Sachmiete Pacht. Die älteste Anwendung der Sachmiete war die Miete beweglicher Sachen (von Sklaven und Spannvieh); später kommt die *l. c.* von Immobilien auf. Mieter und Pächter unbeweglicher Sachen waren bei den Römern gewöhnlich nur „kleine“ Leute *(tenuiores)*; diese wohnten in der Stadt mietweise in Zinskasernen *(insulae)* oder in Nebenräumen eines Hauses, pachteten auf dem Lande einzelne Parzellen eines größeren Grundstücks. Solche Wohnungsmieter heißen meist *inquilini*, die Parzellenpächter *coloni* (§ 42).

1. Der Vermieter *(locator)* ist verpflichtet, dem Mieter *(conductor)* während der Mietzeit das *uti frui* der Sache zu gewähren, folgeweise ihm dieselbe in brauchbarem Stande in die Detention zu übergeben und weiter auch in brauchbarem Stande zu erhalten. Er haftet für den Schaden, der dem Mieter durch nicht angezeigte Mängel der Sache erwächst. Wird diese von einem Dritten evinziert, so haftet er dem Mieter für das Interesse. Diese Verpflichtungen macht der Mieter *(conductor)* durch die *actio conducti* geltend.

2. Der Mieter anderseits hat nach Ablauf der Mietzeit den Zins zu zahlen (Vorausbezahlung muß besonders bedungen sein) und die Sache samt Zubehör dem Vermieter zu restituieren. Er hat die Sache überhaupt wie

ein *diligens paterfamilias* zu behandeln und haftet für jede *culpa levis*. Der Vermieter *(locator)* hat gegen ihn die *actio locati*.

Die *l. c. rei* begründet für den Mieter kein Sachenrecht, sondern nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Vermieter auf Gewährung des *uti frui licere*. Der Vermieter kann nach römischem Recht den Mieter beliebig der Mietsache entsetzen, ist ihm aber dann ersatzpflichtig *(actio conducti)*. Veräußert er die Sache während der Mietzeit, so ist der Erwerber an den Mietkontrakt natürlich nicht gebunden. Entsetzt er den Mieter, wozu er berechtigt ist, so hat dieser nur die *actio conducti* auf das Interesse gegen seinen Vermieter. Der Vermieter braucht nicht Eigentümer des Mietobjekts zu sein, der Mieter darf es nicht sein (es gibt keine *conductio suae rei*). Insbesondere kann auch der Mieter das Mietobjekt weiter vermieten, dies ist die *sublocatio* oder Aftermiete.

Die vorstehenden Sätze gelten auch für die Pacht von Grundstücken jedoch mit folgenden Besonderheiten:

1. Der Pachtzins kann nicht bloß in Geld, sondern auch in Früchten bestehen, u. zw. in einer bestimmten Quantität *(pars quanta)* oder in einer Quote *(pars quota)* derselben. Im letzteren Falle heißt der Pächter *colonus partiarius*.

2. Wegen außerordentlicher Unfälle, welche den Fruchtertrag vor der Ernte erheblich schmälern, kann der Pächter durch die *actio conducti* entsprechende Remission des Zinses verlangen.

3. Die Pacht gibt nur einen obligatorischen Anspruch auf die Fruchtgewinnung gegen den Verpächter. Das Eigentum an den Früchten erwirbt der Pächter nur durch den Willen des Verpächters u. zw. dadurch, daß er sie *voluntate* desselben in Besitz nimmt (Tradition). Hindert ihn der Verpächter daran, so wird er nicht Eigentümer und hat bloß die *actio conducti* auf das Interesse.

Über die von dieser Zeitpacht verschiedene Erbpacht s. §§ 67, 68.

B. Die Dienstmiete (*l. c. operarum*) ist der Vertrag, durch den sich jemand (Vermieter, *locator*) einem andern (Mieter, *conductor*) für eine bestimmte Geldsumme (*merces, pretium*) auf Zeit zu gewissen Arbeiten verpflichtet. Diese können Arbeiten der verschiedensten Art sein, z. B. Arbeiten der Landwirtschaft, des Bergbaues, der Schiffahrt, Schreiberdienste usw. Für Arbeiten der Advokaten und Ärzte kann in der Kaiserzeit auch schon ein Entgelt (*honorarium*) bedungen und gefordert werden, jedoch nicht durch die *actio locati*, sondern nur *extra ordinem* (§ 158). Ob der Vermieter (*locator*, Arbeiter) die Arbeit persönlich oder durch einen andern zu leisten hat, bestimmt sich nach dem Inhalt des Vertrages, er haftet für *omnis culpa*, auch für *imperitia*. Der Mieter (Arbeitnehmer, *conductor*) hat gegen ihn die *actio conducti*. Seine Verpflichtung geht dahin, nach geleisteter Arbeit (Vorauszahlung müßte auch hier besonders ausgemacht werden) den bedungenen Lohn zu zahlen. Dies muß er auch dann, wenn

der Arbeiter aus einem auf Seite des Mieters liegenden Grunde die Arbeit nicht leisten konnte, dagegen nicht, wenn der Grund der Nichtleistung auf Seite des Arbeiters (z. B. in einer Krankheit desselben) gelegen ist. Die Klage des Arbeiters ist die *actio locati.*

C. Endlich die Werkmiete *(l. c. operis)* ist der Vertrag durch welchen sich jemand zur Vollführung eines Werkes (Herstellung eines Arbeitserfolges, z. B. Flicken eines Rockes, Transport von Sachen, Herstellung eines Baues, Verarbeitung von Mobilien usw.) für eine bestimmte Geldsumme verpflichtet. Der Unternehmer (Arbeiter) ist der *conductor* oder *redemptor operis,* der Besteller des Werkes der *locator operis.* Ersterer ist verpflichtet, das *opus* rechtzeitig und fehlerlos herzustellen und abzuliefern. Er haftet für *omnis culpa* und zwar auch für die seiner Gehilfen. Letzterer dagegen hat für das *opus* den bedungenen Lohn zu zahlen. Der Unternehmer hat als *conductor* die *actio conducti,* der Besteller als *locator* die *actio locati.* Hat der Unternehmer auch den Stoff beizustellen, so ist das Geschäft nicht mehr *l. c.*, sondern Kauf.

Die vom Staate ausgehenden *locationes vectigalium* (Verpachtungen der Staatsgefälle, Zölle usw.), desgleichen die Verdingungen öffentlicher Arbeiten, Bauten, Lieferungen *(ultro tributa),* an einzelne *publicani* oder *societates publicanorum* (§ 37) haben nicht privatrechtlichen, sondern publizistischen Charakter. Sie wurden nicht durch *actio,* sondern im Wege des Administrativverfahrens geschützt.

§ 89.

Die *societas* (Gesellschaftsvertrag).

Gai. III, 148—154; J. *de societ.* III, 25; l. 81. D., *pro socio* XVII. 2; l. 16, § 3. D. *de alim. leg.* XXXIV. I. Bruns, p. 334.

Die *societas* oder der Gesellschaftsvertrag ist der Konsensualkontrakt durch den sich mehrere Personen gegenseitig zu einer das Vermögen*) betreffenden Gemeinschaft verpflichten. Die Gesellschafter heißen *socii,* der auf die *societas* gerichtete Wille *affectio societatis.* Der Gesellschaftsvertrag kann Vermögensgemeinschaft in größerem oder geringerem Umfange bezwecken. Am umfassendsten ist die *societas omnium bonorum,* welche das gesamte gegenwärtige und zukünftige Vermögen (Aktiven und Passiven) der *socii* zum Gegenstande hat; sie begreift insbesondere auch den Erwerb *ex fortuna.* Beschränkter ist die *societas quaestus,* die nur die durch die Erwerbstätigkeit der *socii* erwachsenen Aktiven und Passiven umfaßt, somit nicht das *lucrum ex fortuna.* Wird eine *societas* schlechtweg, ohne nähere Bestimmung *(simpliciter)* geschlossen, so wird angenom-

*) Vereinigungen zu anderen Zwecken z. B. Wissenschaft, Kunst, Geselligkeit, Religionsübung (§ 36) waren im Sinne des römischen Rechtes keine Sozietäten.

men, daß die *societas quaestus* (allgemeine Erwerbsgesellschaft) gewollt sei. Neben diesen zwei allgemeinen Gesellschaften kennt auch schon das römische Recht partikuläre, nämlich die *societas negotiationis* und die *unius rei*. Erstere ist die Vereinigung zum Betrieb eines Gewerbes, insbesondere eines Handelsgewerbes, und umfaßt die daraus resultierenden Aktiven und Passiven, während letztere nur für einzelne Angelegenheiten, z. B. gemeinsamen Kauf einer Sache, Reise auf gemeinsame Kosten usw., eingegangen wird. Die älteste Art und das Prototyp der *societas* ist die *societas omnium bonorum*. Sie ist eine Art genossenschaftliches Verhältnis, das gewöhnlich nur zwischen Verwandten oder sonst sich persönlich Nahestehenden (z. B. Ehegatten) eingegangen worden sein wird. Nicht selten mochten insbesondere Geschwister, die gemeinsam ihren Vater beerbt und dadurch überhaupt erst Vermögen erlangt hatten (§ 32) eine solche *societas omnium bonorum* eingehen, der zufolge dann jeder Erwerb gemeinsam wurde, anderseits aber auch alle Auslagen (insbesondere z. B. auch die Dotierung der Töchter usw.) aus gemeinsamer Kasse zu bestreiten waren. Auf der Basis solcher, der Sozietät tatsächlich zugrunde liegender persönlicher Beziehungen, die aber niemals zur rechtlichen Voraussetzung der *societas omnium bonorum* erhoben wurden, entwickelte sich die Anschauung, daß zwischen den *socii* ein *ius fraternitatis* bestehe, daß jeder *socius* nur für *diligentia quam suis* hafte und der *actio pro socio* gegenüber ein *beneficium competentiae* habe, demzufolge er vom Kläger Belassung des notwendigen Lebensunterhaltes beanspruchen kann. Wohl von der *societas omnium bonorum* aus sind dann diese Sätze erst auf die übrigen Sozietätsarten übertragen worden, deren historische Wurzeln verschiedene sein mögen.

A. Der Gesellschaftsvertrag begründet nur obligatorische Verhältnisse zwischen den *sociis*, keine dingliche Gemeinschaft (Miteigentum), letztere entsteht erst durch Tradition der Sachen auf welche sich das Gesellschaftsverhältnis bezieht. Davon besteht nur eine Ausnahme bei der *societas omnium bonorum*, indem hier die den einzelnen *sociis* gehörigen Sachen schon mit dem Kontraktsabschluß (ohne Tradition) in das Miteigentum aller *socii* fallen. Der Inhalt obiger obligatorischer Ansprüche richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage; dieser bestimmt, was jeder *socius* an Kapital oder Arbeit beizutragen hat (Einlage), setzt ferner seinen Anteil am Gewinn und Verlust fest. Dieser Anteil kann für die einzelnen *socii* verschieden bemessen werden, es kann aber auch ein und derselbe *socius* nach verschiedener Proportion an Gewinn und Verlust partizipieren; ja es kann sogar ausgemacht werden, daß ein *socius* zwar am Gewinn, dagegen nicht am Verlust teilnehmen soll. Das darf aber nicht bedungen werden, daß ein *socius* gar nichts vom Gewinn haben, sondern nur den Verlust (ganz oder teilweise) tragen solle. Solche *societas leonina* ist juristisch als *societas* ungiltig; ob darunter ein anderer giltiger Vertrag versteckt

ist, hängt von den Umständen ab (§ 20). Fehlt es an Vertragsbestimmungen über Größe der Einlagen, Gewinn- und Verlustanteile, so gilt für alle *socii* der Grundsatz der Gleichheit.

B. Die *societas* erzeugt mehrere gegenseitige Obligationen. Jeder *socius* wird dadurch den übrigen *sociis* gegenüber verpflichtet und berechtigt. Sein Forderungsrecht macht jeder durch die *actio pro socio* geltend, welche auf Leistung dessen gerichtet ist, was Vertrag und *bona fides* verlangen. Insbesondere kann jeder beanspruchen, daß ihm der von den übrigen gemachte Erwerb, sofern er in die Sozietät gehört, nach Maßgabe seines Gewinnanteiles durch Tradition usw. kommuniziert werde, anderseits aber auch begehren, daß sie ihm die Verpflichtungen, die er in Sozietätsangelegenheiten Dritten gegenüber eingegangen hat, nach Maßgabe ihrer Verlustanteile abnehmen, bezw. sie erfüllen. Weiter haftet jeder *socius* für den Schaden, der durch seine *culpa in concreto* (§ 77) erwachsen ist. Nach Endigung der Gesellschaft kann mit der *actio pro socio* auch noch Abrechnung, dagegen nicht Teilung des aus der Sozietät erwachsenen Miteigentums, begehrt werden (*actio communi dividundo,* § 43) Verurteilung infolge der *actio pro socio* hat für den verurteilten *socius* Infamie zur Folge (§ 35).

C. Nulla societatis in aeternum coitio est, keine Sozietät wird für alle Ewigkeit geschlossen. Ist sie bloß für bestimmte Zeit oder für einen vorübergehenden Zweck eingegangen, so erlischt sie mit Ablauf der Zeit, bezw. mit der Realisierung oder dem späteren Unmöglichwerden des Zweckes. Jede Sozietät kann aber auch einseitig von jedem *socius* gekündigt werden *(renunciatio).* Dadurch scheidet nicht etwa bloß dieser aus, sondern es wird die ganze Sozietät auch für die übrigen gelöst. Fortsetzung der Sozietät durch diese ist stillschweigender Abschluß einer neuen Sozietät. Auch vorzeitige Kündigung behebt die *societas,* allein der Kündigende muß, wenn die *renuntiatio* gegen die *bona fides* verstößt, den übrigen alles das leisten, was er ihnen bei Fortbestand der Sozietät hätte leisten müssen, während sie ihm gegenüber nicht mehr verpflichtet sind *(socium a se, non se a socio liberat).* Der *socius omnium bonorum* z. B., der vorzeitig oder dolos gekündigt hat, muß die reiche Erbschaft, die ihm nach der Kündigung angefallen ist, doch teilen, hat aber keinen Anspruch auf einen Teil des Haupttreffers, den sein früherer Genosse nach der Kündigung gemacht hat. Weiter erlischt die Sozietät durch den Tod oder die *capitis deminutio* (nach Justinianischem Recht nur mehr durch *maxima* oder *media*) auch bloß eines *socius* für alle. Übergang der *societas* auf die Erben kann nicht bedungen werden. Endlich erlischt sie auch noch durch Konkurseröffnung über das Vermögen eines *socius.* Aufhebung der *societas* ist aber nicht Erlöschung der zu dieser Zeit bereits begründeten *actio pro socio,* diese bleibt trotz Kündigung und Tod usw. aufrecht und geht in letzterem Falle auf die Erben über.

Darüber, daß die *societas* keine juristische Person ist, siehe § 37. Das sog. Gesellschaftsvermögen ist nur Vermögen der einzelnen *socii;* die Geschäfte, welche die *socii* in Sozietätsangelegenheiten mit Dritten schließen, wirken für die *socii,* welche sie geschlossen haben. Diese werden daraus Gläubiger und Schuldner des Dritten und sind kraft des Sozietätsverhältnisses deshalb bloß gegen einander (nach Innen) obligiert, was durch die *actio pro socio* ausgeglichen wird.

§ 90.

Das Mandat.

Gai III, 155—162; J *d. mand* III, 26

Das Mandat ist der Konsensualkontrakt, welcher dadurch zustande kommt, daß der eine Kontrahent (der Mandant *mandator*) dem andern *(mandatarius)* einen Auftrag behufs unentgeltlicher Ausführung erteilt und dieser ihn annimmt. Wesentlich für das Mandat ist die Unentgeltlichkeit *(mandatum nisi gratuitum nullum est).* Dienste der mannigfachsten Art können als Gegenstand des Mandats vorkommen, nur darf es niemals auf eine *res turpis* gerichtet sein. Häufig wird es solche Dienste zum Gegenstand haben, welche Objekt der *locatio conductio operarum* oder *operis* sein können. Würde für sie ein Lohn vereinbart, so wäre das Geschäft *l. c. operarum* oder *operis* (oder ein diesen verwandter Innominatkontrakt, § 85, II); weil aber diese Dienste des persönlichen Verhältnisses des Mandatars zum Mandanten wegen unentgeltlich übernommen werden, ist das Geschäft Mandat. Nicht minder häufig bezieht sich aber das Mandat auf solche Dienste, die nicht Gegenstand der *l. c.* sind, wie namentlich auf die Vornahme von Rechtshandlungen: Abschluß von Rechtsgeschäften und Prozeßführungen. In der Kaiserzeit konnte auch für solche Dienste ein *honorarium* oder *salarium* vereinbart werden, allein niemals konnte dasselbe aus dem Mandat mit der Mandatsklage, sondern nur neben dem Mandat im Wege der *extraordinaria cognitio* (§ 158) begehrt werden. Immer konnte endlich unbeschadet der Unentgeltlichkeit dem Mandatar für die geleisteten Dienste nachträglich in Anerkennung derselben freiwillig eine Remuneration gegeben werden.

Ist das Mandat auf Rechtshandlungen gerichtet, welche der Mandatar für den Mandanten vornehmen soll, so enthält es eine Vollmacht, deren Umfang sich natürlich nach dem Mandat bestimmt. Auf Grund derselben kann dann der Mandatar als Stellvertreter (§ 22) des Mandanten auftreten. Als ein solch bevollmächtigter Mandatar wurde der *procurator* angesehen, je nach dem Umfang seiner Vollmacht meist ein *procurator omnium bonorum* aber auch bloß *unius rei.**)

*) Der *procurator* war eine Figur des realen Lebens, ein Vertrauensmann des Herrn, gewöhnlich ein Freigelassener desselben, der zu diesem als Freigelassener in einem Abhängigkeitsverhältnis stand (§ 27). S. Mitteis, S. 232 fg.

Der Normalfall des Mandates ist der, daß der Mandant den Auftrag nur in seinem eigenen Interesse erteilt *(mandatum mea gratia)*; doch ist es zulässig, daß der Auftrag auch im konkurrierenden Interesse des Mandatars *(mandatum mea et tua gratia)* oder auch nur im Interesse eines Dritten *(mandatum aliena gratia,* um so mehr daher auch *mea et aliena gratia)* erteilt wird. Kein Mandat mehr ist es, wenn der Auftrag bloß das Interesse des Mandatars (sog. *mandatum tua gratia*) bezweckt, dies ist nur ein juristisch nicht verpflichtender Rat.

Die Rechtswirkungen des Mandates sind folgende:

A. Der Mandatar ist verpflichtet, den Auftrag sach- und mandatsgemäß auszuführen und dem Mandanten alles herauszugeben, was ihm infolge des Mandates zugekommen ist. Obwohl er keinen Vorteil vom Mandat hat, haftet er dem Mandanten doch für *diligentia diligentis patrisfamilias,* prästiert also *culpa omnis* (§ 77). Behufs Geltendmachung dieser Verpflichtungen des Mandatars hat der Mandant gegen ihn die *actio mandati directa.* Verurteilung infolge derselben hat Infamie zur Folge (§ 35).

B. Der Mandatar soll aber von der Ausführung des Mandats auch keinen Schaden haben. Daher kann er vom Mandanten aus dem Mandat zwar niemals einen Lohn, wohl aber Ersatz der Auslagen begehren, die er behufs Ausführung des Mandats „*bona fide* und verständigerweise" gemacht hat. Insbesondere kann er auch Abnahme der Verpflichtungen verlangen, die er in Ausführung des Mandats eingegangen hat. Weiter haftet ihm der Mandant auch für sein Verschulden u. zw. für *culpa omnis* § 77, nicht aber für zufälligen Schaden, welcher dem Mandatar bei der Ausführung zustieß. Die bezügliche Klage des Mandatars gegen den Mandanten ist die *actio mandati contraria.*

Das Mandat erlischt mit Vollführung des Auftrages oder Eintritt eines Endtermins, außerdem aber auch durch den Tod des Mandanten oder des Mandatars, ferner durch Widerruf seitens des Mandanten (vorausgesetzt, daß noch *res integra* vorhanden ist) und durch Kündigung seitens des Mandatars. Hat jedoch der Mandatar in Unkenntnis des Todes oder Widerrufs des Mandanten das Mandat ausgeführt, Auslagen gemacht usw., so kann er deshalb doch die *actio mandati contraria* anstellen.

Auch hier erlöschen mit dem Mandat die bereits aus ihm erwachsenen Verbindlichkeiten *(A* und *B)* nicht, diese gehen auf die Erben über.

Einer besonderen Hervorhebung bedarf das sog. *mandatum qualificatum* (Kreditauftrag) welches darin besteht, daß der Mandant den Mandatar beauftragt, einem Dritten Kredit, z. B. durch Gewährung eines Darlehens, zu geben. Durch Ausführung dieses Mandats wird der Mandatar Gläubiger (z. B. *ex mutuo)* des Dritten, erlangt aber zugleich gegen den Mandanten die *actio mandati contraria* auf Erstattung des ausgelegten (kreditierten) Betrages (gegen Zession seiner Klage wider den Dritten). Dieser Haftung des Mandanten wegen liegt in dem *mandatum qualificatum* eine Interzession

desselben zu gunsten des Dritten. Das Geschäft erscheint als eine Art Verbürgung in der Gestalt des Mandats, deshalb gewährte die *epistola D. Hadriani* das *beneficium divisionis* (§ 83) auch schon mehreren *mandatores* und gab Justinian auch dem Mandanten das *beneficium excussionis* (§ 83). Der *fideiussio* gegenüber hat diese Verbürgungsart unter anderem auch den Vorteil, daß sie als Konsensualkontrakt zwischen Abwesenden, z. B. durch Korrespondenz, eingegangen werden kann.

§ 91.

Die Quasikontrakte.

J. de oblig. q. ex contr. III, 27.

Quasikontrakte sind Tatsachen, welche zwar keine Kontrakte sind, aber doch *iure civili* kontraktsähnliche Obligationen erzeugen. Die Institutionen führen folgende an:

A. Die *negotiorum gestio.* Wer unbeauftragt Geschäfte eines Anderen (des sog. *dominus negotii)* besorgt (z. B. das baufällige Haus des abwesenden Nachbars stützt, Schulden für den abwesenden Freund bezahlt usw.), der haftet aus der Tatsache dieser Geschäftsführung dem *dominus* mandatsähnlich für die gehörige Vollführung des übernommenen Geschäftes mit *diligentia diligentis patrisfamilias* und für die Herausgabe alles dessen, was ihm durch die Geschäftsführung zugekommen ist. Obwohl er keinen Vorteil von der *gestio* hat und haben soll, haftet er doch für *culpa levis* (§ 77). Dieser Verbindlichkeiten wegen hat der *dominus* gegen ihn die *actio negotiorum gestorum directa.* Hat der *gestor* bei seiner *gestio* Auslagen gemacht, so hat er auf Ersatz derselben (nicht etwa auch auf Entlohnung) gegen den *dominus* die *actio negotiorum gestorum contraria,* aber nur dann, wenn er das Geschäft *utiliter,* d. h. im wirklichen Interesse des *dominus* unternommen hat. Günstiger Erfolg des Unternommenen, sofern der *gestor* nur *omnis diligentia* angewendet hat, ist nicht notwendig. Beide Klagen sind *iudicia bonae fidei.*

B. Die *tutela.* Führung der Vormundschaft erzeugt ebenfalls ein mandatsähnliches Verhältnis zwischen Mündel und Vormund. Dieser haftet für ordentliche Verwaltung der Vormundschaft, und zwar, da er zur Übernahme derselben verpflichtet ist und in älterer Zeit *vice domini* war, nur für *diligentia quam suis (culpa in concreto* § 77). Nach Endigung der Vormundschaft muß er das Mündelgut herausgeben und über seine Administration Rechnung legen. Darauf hat der Mündel gegen ihn die *actio tutelae directa.* Anderseits kann aber auch wieder der *tutor* wegen seiner Auslagen gegen den Mündel die *actio tutelae contraria* haben (§ 120). Auch diese Klagen sind *bonae fidei.*

C. Die *communio.* Eine Vermögensgemeinschaft kann das Resultat einer *societas* (§ 89) sein, kann aber auch ohne den auf sie gerichteten

Willen der Teilhaber entstehen. Diese letztere ist die *communio incidens.* Beispielsweise entsteht sie durch das Vermächtnis einer Sache an Mehrere (§ 149). Dies führt zum Miteigentum. Umfassender ist die Erbgemeinschaft, welche sich dadurch ergibt, daß Mehrere einen Verstorbenen beerben (§ 143 II). Daß endlich auch durch Grenzverwirrung Gemeinschaft des streitigen *locus* entstehen kann, haben wir bereits früher gesehen (§ 59). In jedem Falle solcher Gemeinschaft, sie mag das Resultat einer *societas* oder *communio incidens* sein, entsteht zwischen den Teilhabern schon kraft des Gemeinschaftsverhältnisses ein sozietätsähnliches obligatorisches Verhältnis. (Liegt *societas* vor, so konkurriert es mit der bezüglichen Sozietätsobligation). Dasselbe wird durch die aus den Gemeinschaftsverhältnissen entspringenden Klagen, und zwar *actio communi dividundo* (Miteigentum), *actio familiae erciscundae* (Erbgemeinschaft), *actio finium regundorum* (Grenzverwirrung) geltend gemacht. Wie wir bereits (§§ 43, 54, 39) gesehen haben, gehen diese Klagen in erster Linie auf Aufhebung der Gemeinschaft und führen in dieser Hinsicht zur *adiudicatio.* Außerdem werden aber durch sie noch die *praestationes personales* der Teilhaber realisiert, welche sich daraus ergeben, daß die Teilhaber auf die *res communes* Auslagen gemacht, von den *res communes* Früchte bezogen, endlich dieselben schuldbar beschädigt haben usw. Jeder Teilhaber haftet, wie bei der *societas,* nur für *culpa in concreto.* Sofern die genannten Klagen auf Teilung gehen, sind sie *iudicia duplicia* (§ 161), jede Partei hat zugleich die Rolle des Klägers und des Beklagten und kann daher auch jede Partei verurteilt werden. Endlich sind die *actio communi dividundo* und *familiae erciscundae* bezüglich der *praestationes personales iudicia bonae fidei,* ob auch die *actio finium regundorum,* ist nicht bezeugt.

D. Die *condictiones sine causa.* Diese bezwecken die Aufhebung eines in der Form Rechtens geschehenen ungerechtfertigten Erwerbes, den Jemand auf Kosten eines Andern gemacht hat. Diese auf Rückgabe gerichteten Obligationen sind nicht das Resultat des Willens, sondern unbeabsichtigte Folge des Umstandes, daß etwas *sine causa* in das Vermögen eines Anderen gekommen ist oder doch jetzt *sine causa* in demselben ist. Gewöhnlich wird die ihnen zugrunde liegende Vermögensänderung eine Eigentumsänderung sein. Obwohl auf dem *aequum et bonum* beruhend, sind diese Klagen als *condictiones* doch *stricti iuris.* Je nach Beschaffenheit des Gegenstandes sind sie formell *actio (condictio) de certa pecunia* oder *condictio triticaria;* erst das Justinianische Recht kennt auch eine *condictio incerti. Condictiones sine causa* heißen sie nach ihrem materiellen Grund: der ungerechtfertigten Vermögensänderung. Die einzelnen *condictiones sine causa* sind: 1. Die *condictio indebiti.* Wer irrtümlich eine Nichtschuld zahlt, macht (durch Tradition *ex causa solutionis)* den Empfänger zum Eigentümer, kann aber das Gezahlte, weil es *indebite* geleistet ist, zurückfordern. 2. Die *condictio ob causam datorum* (auch *condictio causa*

data causa non secuta genannt). Diese setzt voraus, daß etwas in vertragsmäßiger Erwartung eines künftigen erlaubten Erfolges *(ob causam)* gegeben ist. Sobald es sich nun später entscheidet, daß dieser Erfolg nicht mehr eintreten wird, kann das *ob causam datum ob causam non secutam* zurückgefordert werden. In einer Anwendung haben wir diese *condictio* bereits bei den Innominatkontrakten (§ 85, II), kennen gelernt. Der beabsichtigte Erfolg braucht aber nicht wie dort bloß eine Gegenleistung zu sein, die *datio ob causam* kann auch etwas anderes bezwecken, z. B. *A* gibt dem Bräutigam seiner Tochter als *dos* für die künftige Ehe 10.000. Der beabsichtigte künftige Erfolg ist hier: Begründung einer *dos*. Kommt die Ehe künftig zustande, so tritt dieser Erfolg ein, denn das *ob causam dotis datum* wird hiemit *dos* (§ 110, *A)*, daher ist von unserer *condictio* nicht die Rede; kommt dagegen die Ehe künftig nicht zustande, stirbt z. B. die Tochter vor der Hochzeit, so ist die *causa dationis* vereitelt, denn das *datum* kann jetzt nicht mehr *dos* für die betreffende Ehe werden und kann daher *ob causam non secutam* zurückgefordert werden. 3. Die *condictio ob iniustam causam*, welche dann platzgreift, wenn etwas rechtlich Mißbilligtes geleistet ist, z. B. wucherische Zinsen gezahlt worden sind. 4. Die *condictio ob turpem causam*, wenn etwas um künftiger unsittlicher Handlung wegen gegeben ist. Dieses *turpiter datum* kann aber nur dann zurückgefordert werden, wenn die *turpitudo* bloß auf Seite des Empfängers, nicht, wenn sie nur auf Seite des Gebers liegt. Daher kann das *quod meretrici datur* nicht kondiziert werden, *illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.* 5. Endlich die *condictio sine causa* im e. S. Diese ist eine Ergänzungsklage und tritt bei solchen grundlosen Erwerbungen ein, derentwegen keine der übrigen Kondiktionen (1—4) anwendbar ist, z. B. dann, wenn *A* dem *B credendi causa* 100 zuzählt, die dieser in der Meinung, daß sie ihm geschenkt werden, annimmt. Da es hier am Konsens fehlt, kommt weder Darlehen noch Schenkung zustande, *A* kann die 100 falls die *B* konsumiert hat mit der *condictio sine causa* zurückfordern. — Über die *condictio furtiva* s. § 94.

E. Durch den Erwerb der Erbschaft wird der Erbe *quasi ex contractu* den Vermächtnisnehmern verpflichtet, die Vermächtnisse zu zahlen. Davon wird näher im Erbrecht die Rede sein (§§ 149, 151, 153).

§ 92.

Die *pacta.*

l. 7. §§ 5, 7. D. *de pact.* II, 14; § 9. J. *de act.* IV, 6; l. 1, 6, 7, 18, §§ 1, 3. D. *pec. const.* XIII, 5; l. 11, § 1. l. 3, § 1. D. *de rec.* IV, 8; l. 2. C. *de const. pec.* IV, 18; J. *de donat.* II, 7; Fr. Vat. 299 fg.; l. 10. C. *de rev. don.* VIII, 55.

Pactum ist überhaupt jeder formlose Vertrag; in diesem Sinne ist der Begriff auf das Obligationenrecht nicht beschränkt, denn es gibt z. B. auch dingliche *pacta*, wie das *pactum hypothecae* (§ 69, 70). Auf dem Gebiete des

Obligationenrechtes bedeutet *pactum* den formlosen Vertrag, der, ohne Kontrakt zu sein, doch obligatorische Verpflichtung bezweckt. Für diese *pacta* gilt der Grundsatz: *nudum pactum non parit actionem, sed exceptionem:* der Betreffende kann die Erfüllung des Paktums nicht durch Klage erzwingen, er kann das *pactum* nur als Beklagter, falls er in diese Lage kommt, zur Verteidigung durch *exceptio* benützen. Ob das *nudum pactum* eine *naturalis obligatio* erzeugte, ist streitig, wohl aber, da es nach römischem Recht überhaupt keine *causa obligandi* ist, zu verneinen (§ 76).

Von der Klaglosigkeit der *pacta,* welche sich als die Kehrseite des römischen Kontraktssystems darstellt, sind im Laufe der Zeit wesentliche Ausnahmen gemacht worden:

A. Schon nach altem *ius civile* waren klagbar die sog. *pacta adiecta,* d. h. die *pacta,* welche beim Abschluß eines *contractus bonae fidei* gleich im Zusammenhang mit demselben geschlossen wurden. Dann konnten sie, die ja gar keine selbständigen Verträge, sondern nur Kontraktsklauseln bildeten, auch von Seite des Klägers in das aus dem Kontrakt resultierende *iudicium bonae fidei* einbezogen werden *(bonae fidei iudiciis insunt).* Durch solche *pacta adiecta* konnten beispielsweise bei *negotia bonae fidei* (auch ohne Stipulation) Zinsenverpflichtungen begründet, aktive und passive Korrealität bedungen (z. B. *A* verkauft eine Sache dem *B* und *C* u. zw. so, daß jeder den ganzen Kaufpreis schulden soll), Zahlungsmodalitäten bestimmt werden usw. Von den beim Kauf vorkommenden Nebenberedungen sind besonders das *pactum displicentiae* und die *lex commissoria* zu erwähnen. Ersterem zufolge soll der Kauf rückgängig werden, falls der Käufer binnen bestimmter Frist erklärt, daß ihm die Sache nicht gefalle, während das letztere den Verkäufer berechtigt, vom Kauf zurückzutreten, wenn der Kaufpreis nicht rechtzeitig gezahlt wird, ohne daß er dem Käufer die bereits geleisteten Anzahlungen zurückerstatten muß. *Pacta,* welche nicht *in ingressu contractus* als eine *lex contractui dicta,* sondern erst später *(ex intervallo)* geschlossen werden, sind nicht klagbar, sondern begründen nur eine *exceptio.* Hat also z. B. der Schuldner durch späteres *pactum* Verzinsung versprochen, so kann er daraus nicht geklagt werden, hätte er aber dann doch, obwohl irrtümlich, Zinsen gezahlt, so kann er sie nicht zurückfordern, seiner *condictio indebiti* stünde die *exceptio pacti* entgegen.

B. Manche (selbständige) *pacta* sind durch das prätorische Edikt klagbar gemacht worden. Diese sog. *pacta praetoria* sind folgende:

1. Das *constitutum,* d. i. des Versprechen, eine bereits bestehende Schuld zu erfüllen, ursprünglich notwendig, später wenigstens gewöhnlich, mit Festsetzung eines Erfüllungstages. Nach dem Edikt war ein solches Versprechen, seine Annahme vorausgesetzt, nur dann klagbar, wenn es sich auf eine Geldschuld *(pecunia debita)* bezog und selber wieder Geld

zum Gegenstande hatte; später subsumierte man unter dem Ausdruck *pecunia* in beiden Hinsichten auch andere Quantitäten, bis endlich Justinian das Konstitutum auf Grund jeder Schuld ohne Unterschied des Schuld- und Konstitutsgegenstandes für klagbar erklärte. Auch in dieser Erweiterung heißt die Klage noch immer *actio de pecunia constituta* (bei den Neuern nicht unpassend auch *actio constitutoria* genannt). Im klassischen Recht war die Konstitutsklage dadurch verschärft, daß sich der Beklagte durch *sponsio*, der Kläger durch *restipulatio*, jeder für den Fall seines Unterliegens, der Gegenpartei zur Zahlung der Hälfte der eingeklagten Summe als Prozeßstrafe verpflichten mußte *(sponsio et restipulatio dimidiae partis)*. Voraussetzung der Klage war außer dem *constitutum* der rechtliche Bestand der Schuld (wenn auch nur als *obligatio naturalis)*, deren Erfüllung zugesagt wurde, und zwar im Augenblicke des Abschlusses des Konstitutums. Spätere Erlöschung dieser Schuld schloß die *actio de pecunia constituta* nicht aus, außer wenn sie durch Zahlung oder andere materielle Befriedigung herbeigeführt war. Der Entstehungsgrund dieser Schuld war gleichgiltig. Durch das Konstitutum konnte nicht bloß ein Erfüllungstag festgesetzt oder abgeändert, sondern konnten auch andere Modifikationen der Erfüllung vereinbart werden. Selbst *aliud pro alio* (z. B. Getreide für Geld) konnte konstituiert werden. Das Konstitutum begründet eine neue (prätorische) Obligation ohne Aufhebung der alten Schuld. Falls diese klagbar ist, kann sie noch immer eingeklagt werden. Soweit aber ihre Einklagung dem *constitutum* widerspricht, hat der Schuldner eine *exceptio*. Der Hauptfall des Konstitutums war das *constitutum debiti proprii*, durch welches der Schuldner die Erfüllung seiner eigenen Schuld, sei es dem Gläubiger, sei es über dessen Anweisung einen Dritten verspricht; daneben war aber auch das *constitutum debiti alieni* zulässig, durch welches ein Dritter die Bezahlung einer fremden Schuld zusagte. Dasselbe diente im Wesen Bürgschaftszwecken. Der *fideiussio* gegenüber hatte diese Verbürgungsart außer der Formlosigkeit noch die strenge Haftung des Konstituenten sowie das voraus, daß dieser nach Obigem nicht wie der *fideiussor* durch jede Erlöschung der Hauptschuld, sondern nur durch materielle Befriedigung des Gläubigers befreit wurde. Vom *mandatum qualificatum* unterschied sich das *constitutum* schon äußerlich dadurch, daß ersteres gewöhnlich den Anstoß zur Begründung des Schuldverhältnisses gab, während das *constitutum debiti alieni* sich stets nur auf die schon begründete Schuld bezog und meist anläßlich einer Stundung geschlossen wurde.

2. Die Verträge, welche im Edikt unter der Rubrik *de receptis* behandelt waren, nämlich:

a) Das *receptum arbitrii*. Der Vertrag der Parteien, ihren Streit durch bestimmte Privatpersonen als Schiedsrichter entscheiden zu lassen *(compromissum)*, war als solcher nicht rechtsverbindlich. Wirkung erlangte er nur indirekt durch die Stipulationen, durch welche sich die Parteien für

den Fall seiner Nichteinhaltung zu Konventionalstrafen *(pecunia compromissa)* verpflichteten. Im Anschluß an das so gesicherte Kompromiß wurde dann von den Parteien ein zweiter Vertrag mit dem designierten Schiedsrichter *(arbiter)* geschlossen, durch den dieser das Schiedsamt übernahm *(recipere arbitrium)*. Dieser Vertrag ist das *receptum arbitrii*. Auf Grund desselben gibt der Prätor im Edikt zwar keine Klage, verspricht aber, daß er den *arbiter* daraufhin zur Fällung des Schiedsspruches zwingen werde *(sententiam dicere coga m)*. Auf Verlangen der Parteien wurde dann dieser Zwang durch *multae dictio* oder *pignoris capio* zur Anwendung gebracht.

b) Das *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*. Die bezüglichen Ediktsbestimmungen sind ein Sonderrecht für Wirte und Schiffer. Haben sie nämlich im Betriebe ihres Gewerbes, sei es selbst oder durch ihre dazu ermächtigten Leute, Sachen der Reisenden übernommen *(salvum fore recipere)*, so sind sie aus diesem Rezeptsvertrag verpflichtet zum *salvum restituere*, d. h. die Sachen in dem Zustande zurückzugeben, in dem sie ihnen seitens des Reisenden überwiesen worden sind. Sie nehmen dadurch die Sachen in ihren besonderen Schutz und haften unbedingt für deren Restitution. Diese Haftung wird durch eine vom Prätor gewährte Klage geltend gemacht, der gegenüber jedoch später Verteidigung durch Beweis einer *vis maior* (oder eigenen Verschuldens des Reisenden) zugelassen worden ist. Aber auch so geht ihre Haftung aus dem Rezeptsvertrage noch über die Haftung für *culpa levis* hinaus und ist bereits eine Zufallshaftung,*) es mag das dem *receptum* zu Grunde liegende Verhältnis *locatio conductio operis* oder *depositum* sein.

c) Das *receptum argentarii*. Dieses setzt einen Auftrag (Anweisung) des Titius an den Bankier *(argentarius)* Seius voraus, für seine (des Titius) Rechnung dem Gaius eine Summe Geldes zu leisten. Dadurch, daß der Bankier Seius diesen Auftrag übernimmt *(recipit)* und in Ausführung desselben dem Gaius die betreffende Summe verspricht, wird er diesem gegenüber verpflichtet. Gewöhnlich wird der Bankier Seius diesbezüglich vom Titius eine Deckung haben, fehlt diese, so hat er gegen Titius die *actio mandati contraria*. Der Zweck, den Titius durch solchen dem Bankier erteilten Auftrag dem Gaius gegenüber verfolgt, kann ein verschiedener sein, er kann darin bestehen, auf diese Weise durch den Bankier seine Schuld an Gaius zu zahlen, oder ihm ein Darlehen (§ 85) zu geben, zu schenken usw. Keinesfalls braucht er diesen Zweck dem Bankier Seius mitzuteilen, da dieser nicht berechtigt ist, aus demselben Einwendungen gegen den Gaius

*) Der Begriff der *vis maior (damnum fatale, vis divina, cui resisti non potest)*, ist ein sehr streitiger. Im Sinne der Römer sind darunter wohl nur gewisse, von außen kommende, unzweifelhafte Kasusfälle verstanden, die erfahrungsgemäß dem Einzelnen unwiderstehlich sind, wie z. B. *tempestates, violentia ventorum, vis piratorum, naufragia, terrae motus* u. dgl.

zu erheben. Das Versprechen des Bankiers Seius, obgleich über Auftrag des Titius dem Gaius gemacht, ist diesem gegenüber ein abstraktes, von dem materiellen Verhältnis zwischen Titius und Gaius unabhängiges. Insbesondere wird der Bankier Seius aus seinem Versprechen dem Gaius auch dann verpflichtet, wenn die von Titius vorausgesetzte Schuld an Gaius, die er durch Vermittlung des Bankiers tilgen will, in Wirklichkeit nicht besteht. (In diesem Falle hätte Titius nur die *condictio indebiti* gegen Gaius.) Die Klage, welche aus dem geschilderten *receptum argentarii* dem Gaius gegen den Bankier Seius zusteht, ist die *actio recepticia*, welche dem für *argentarii* geltenden Sonderrecht angehört. Auch dort wo das *receptum argentarii* von Seite des Titius den Zweck der Schuldtilgung verfolgt, unterscheidet es sich vom *constitutum* dadurch, daß es, wie erwähnt, den Bestand einer Schuld nicht voraussetzt; Justinian hat die *actio recepticia* beseitigt und das *receptum argentarii* dem gemeinen Recht (*ius commune* § 3) des Konstitutums unterstellt. Dadurch ist es als besondere Vertragsfigur verschwunden.

3. Endlich sind einzelne *pacta* durch späteres Kaiserrecht klagbar gemacht worden; ein solches *pactum legitimum* ist außer dem formlosen Versprechen einer *dos (pollicitatio dotis)*, von dem später die Rede sein wird (§ 110). namentlich das formlose Schenkungsversprechen. Schenkung *(donatio)* im juristischen Sinne ist jede Vermögenszuwendung des einen an den andern in liberaler Absicht, durch welche das Vermögen des letzteren vermehrt, das des ersteren gemindert wird. Sie verlangt auf Seite des Schenkers *animus donandi*, auf Seite des Beschenkten den Willen, das Zugewendete als Schenkung anzunehmen. Folgeweise schließt die *causa donandi* Willensübereinstimmung (Vertrag) in sich. Einseitige, obwohl liberale Zuwendungen, wie z. B. Vermächtnisse, sind juristisch keine Schenkung. Diese *causa donandi* kann in der verschiedensten Weise, z. B. durch *mancipatio* oder *traditio* einer Sache, weiter durch Servitutenbestellung usw. realisiert werden. Nicht minder kann aber auch Abschluß einer Stipulation als Schenkungsmittel verwendet werden. Dadurch wird der Schenker Schuldner des *donandi causa* Versprochenen (die Erfüllung des Versprechens ist dann nicht mehr Schenkung), während in den früheren Fällen das Schenkungsmittel den Empfänger unmittelbar zum Eigentümer, Servitutsberechtigten macht, beziehungsweise Usukapionsbesitz begründet. Die Neuerung des späteren Kaiserrechtes, welche erst durch Justinian ihren Abschluß gefunden hat, geht nun dahin, daß der bloß obligatorische Schenkungsvertrag nicht mehr wie bisher in Stipulationsform geschlossen werden muß, sondern auch in formloser Weise durch bloßes *pactum* eingegangen werden kann.

Schenkungen sind vom Recht nicht begünstigt, sondern vielmehr manchen beschränkenden Rechtssatzungen unterworfen. Als solche kommen folgende in Betracht:

a) Schenkungen, die ein gewisses (uns unbekanntes) Maß übersteigen, wurden schon durch die *lex Cincia de donis et muneribus**) (ein Plebiszit aus dem Jahre 550 d. St. 204 v. Chr.) verboten. Dem Verbote unterlagen nicht Schenkungen an bestimmte nahestehende Personen (*personae exceptae:* Blutsverwandte bis zum fünften Grad, gewisse Verschwägerte, der Ehegatte u. a. § 109). Dieses Gesetz war eine *lex imperfecta* (§ 7); trotz des Verbotes ging durch schenkungsweise Manzipation das Eigentum über, begründete schenkungsweise Stipulation eine Obligation, allein wenn der Beschenkte daraufhin eine Klage anstellte, schützte der Prätor den Schenker durch eine *exceptio (legis Cinciae).* Diese Anfechtbarkeit der das gesetzliche Maß übersteigenden Schenkung fiel aber dadurch weg, daß der Schenker starb ohne die Schenkung widerrufen zu haben *(morte Cincia removetur),* sowie dadurch, daß er sie in jeder Hinsicht vollzog. Bei *res nec mancipi* reichte dazu die Übertragung des Besitzes hin, während bei *res mancipi* außerdem noch Vornahme der *mancipatio* notwendig war. In beiden Fällen mußte die Besitzesübertragung so beschaffen sein, daß der Beschenkte durch sie *superior interdicto,* d. h. in die Lage versetzt wurde im Besitzesprozeß obzusiegen (§ 42**). Später kam die *lex Cincia* außer Anwendung; Constantius Chlorus und Konstantin schrieben dann für Schenkungen eine andere Form vor, nämlich die gerichtliche Insinuation, d. i. die Erklärung der Schenkung zu Protokoll *(professio apud acta).* Justinian endlich behielt diese Form nur für solche Schenkungen bei, deren Wert 500 *solidi* überstieg, sie mochten *dando* oder *promittendo* usw. geschehen. Nichtbeachtung der Form hat Ungiltigkeit der Schenkung betreffs des 500 *solidi* übersteigenden Betrages zur Folge. Geringe Schenkungen sind formlos.

b) Schenkungen zwischen Ehegatten sind zufolge eines Gewohnheitsrechtes, das sich erst nach der *lex Cincia****) gebildet hat, verboten und nichtig (§ 108).

c) Endlich kann die Schenkung wegen groben Undanks vom Schenker — nicht auch von dessen Erben — widerrufen und das Geschenkte zurückgefordert werden.

Von den *donationes mortis causa* wird später am Schlusse des Erbrechtes die Rede sein (§ 155).

---

*) Unter den *munera* sind die Honorarschenkungen an Anwälte verstanden, die im Gesetze besonders verboten wurden. Außerdem enthielt das Gesetz Bestimmungen über Schenkungen überhaupt, auf diese bezieht sich das oben Gesagte. Vgl. Mitteis, S. 153, fg.

**) Bei beweglichen Sachen *(interdictum utrubi)* war das nur dann der Fall, wenn er mit Hinzurechnung der Besitzeszeit des Schenkers (Auktors) die längere Besitzeszeit während des letzten Jahres für sich hatte.

***) Denn nach dem Rechte der *l. Cincia* gehören die Ehegatten zu den sog. *personae exceptae,* zwischen denen unbeschränkt Schenkungen zulässig waren. Daher kann damals unser Verbot noch nicht bestanden haben.

B. Delikte und Quasidelikte.

§ 93.

Die Delikte.

Gai. III, 182; IV. 6—9, §§ 16—19; J. *de act.* IV, 6.

Innerhalb der Delikte sind zwei Gruppen zu unterscheiden: die *crimina publica* und die *delicta privata.* Erstere verletzen den Staat und seine Interessen, werden auf Anklage eines Bürgers (Popularanklage) im Wege des Kriminalprozesses verfolgt und führen zu einer öffentlichen (Kriminal-) Strafe. Letztere verletzen das Privatinteresse des Einzelnen, seine Person oder sein Vermögen, und können nur vom Verletzten im Wege des Zivilprozesses durch privatrechtliche *actio* verfolgt werden, welche auf eine dem Verletzten zu leistende Geldstrafe (Privatstrafe) gerichtet ist. Mit diesen Privatdelikten allein haben wir es hier zu tun, da nur sie eine Obligation, nämlich die auf Leistung der Privatstrafe, erzeugen. Diese *obligatio ex delicto* trifft den Delinquenten als Rechtsfolge des Delikts. Jedes Privatdelikt ist eine Übeltat, ein Unrecht, welches in einer wirklichen Verletzung einer Person oder ihres Vermögens besteht. Da es Übeltat ist, ist es ohne Verschulden (meist *dolus*, mitunter auch bloß *culpa*) des Täters nicht denkbar; da es wirkliche Verletzung ist, begründet der bloße Versuch (der bei kriminellen Delikten von Bedeutung ist) noch kein Privatdelikt.

Die Klagen aus den Privatdelikten sind die *actiones poenales.* Treffend wurden sie als Klagen gegen das Unrecht bezeichnet, indem sie eine Reaktion gegen dasselbe durch Strafe bezwecken. Innerhalb derselben lassen sich wieder zwei Gruppen unterscheiden, nämlich solche Klagen, die nur Strafe bezwecken *(tantum poenam persequuntur)*, und solche, bei denen die Strafe so geartet ist, daß in ihr auch dem Entschädigungszweck Rechnung getragen ist *(rem et poenam persequuntur)*, weshalb daneben ein besonderer Entschädigungsanspruch nicht mehr besteht. Die zur zweiten Gruppe gehörigen *actiones poenales* heißen *actiones mixtae.* Im Gegensatz zu den *actiones poenales* überhaupt bezeichnet man alle Klagen, die nicht auf Strafe gerichtet sind, als *actiones reipersecutoriae.* Ihrem Zweck — Strafe — entsprechend gehen die *actiones poenales* nur gegen den Delinquenten und erlöschen mit dem Tode desselben; bloß die *actiones mixtae* können in der Regel auch noch gegen die Erben angestellt werden, aber nur dann und auf das, wenn und um was sie *ex delicto locupletiores facti sunt.* Dagegen sind die *actiones poenales* auf der Klägerseite auf die Lebensdauer des Verletzten nicht beschränkt, sondern können auch noch von dessen Erben angestellt werden. Davon machen nur diejenigen Strafklagen eine Ausnahme, welche zu den *actiones vindictam spirantes* gehören. Darunter versteht man nämlich solche Klagen, welche auf Grund persönlicher Verletzung in erster

Reihe den Zweck verfolgen, dem Verletzten persönliche Genugtuung (Sühne) zu verschaffen, so daß die Strafe des Täters oder das sonstige Ergebnis der Klage nur als Sühnemittel erscheint. Diesem Charakter entsprechend erlöschen sie auch mit dem Tode des Verletzten (des Klageberechtigten) falls dieser noch vor Anstellung der Klage (Litiskontestation) erfolgt.

§ 94.

Das *furtum.*

Gai. III, 183—207; IV, 4. 37; J. *d. oblig. q. ex del* IV, [illegible]

Das *furtum* (von *ferre*) ist die bewußt widerrechtliche Aneignung *(contrectatio)* einer beweglichen Sache in gewinnsüchtiger Absicht *(lucri faciendi animo),* mag dieselbe durch Wegnahme der Sache aus fremder Gewahrsam (Diebstahl) oder durch bloße Unterschlagung, Veruntreuung einer bereits in der Gewahrsam des Täters befindlichen Sache erfolgen.*) Gewöhnlich wird das *furtum* auf tatsächliche Aneignung der Sache selbst gerichtet sein *(furtum rei);* daneben gibt es aber auch ein *furtum possessionis* und *furtum usus.* Jenes besteht in der Aneignung bloß des Besitzes, welche dann vorliegt, wenn der Eigentümer die Sache dem sie besitzenden Pfandgläubiger oder *bonae fidei possessor* u. dgl. wegnimmt; dieses in der Anmaßung eines widerrechtlichen, vertragswidrigen Gebrauches der Sache (Mißbrauch der Sache) durch den Kommodatar, Depositar, Pfandgläubiger usw. Das *furtum rei* und *usus* kann nur an fremder Sache, das *furtum possessionis* dagegen, wie gezeigt, an eigener Sache verübt werden. Jedes *furtum* setzt den *animus furandi* voraus, ist somit ein doloses Delikt.

Das *furtum* ist entweder ein *furtum manifestum* oder ein *furtum nec manifestum. Manifestum* ist es, wie uns Gaius berichtet, nach der Ansicht der Mehrzahl der römischen Juristen dann, wenn der Täter noch während der Tat *(dum fit)* oder doch noch an dem Tatorte *(eo loco, ubi fit)* mit der Sache ergriffen wird. Jedes andere *furtum* ist *nec manifestum.* Aus dem *furtum* entspringt die *actio furti,* u. zw. je nach dem erwähnten Unterschied, die *actio furti manifesti* oder *actio furti nec manifesti.* Die letztere beruhte auf den XII Tafeln, war aktiv und passiv nur auf *cives* berechnet (für und gegen Peregrinen wurde eine *utilis actio* mit fiktizischer Formel gegeben § 161) und ging auf eine Geldstrafe im Betrag des doppelten Interesses des Verletzten. Die Leistung dieser Geldstrafe wurde von Altersher als *duplione damnum decidere*

*) Objekt des *furtum* ist nur Privatgut; Entwendung von Göttergut (§ 39 I. *A. B.*) ist *sacrilegium,* von beweglichem Staatsgut (später wohl auch von Munizipalgut) *peculatus.* Entwendung von Erbschaftssachen, deren Besitz der Erbe noch nicht erlangt hat, obwohl diese *res privatae* sind, bildet das *crimen expilatae hereditatis* und begründet keine *actio furti.* D. 47. 19, C. 9. 32.

oder als *pro fure damnum decidere* bezeichnet. Die erstere ist eine prätorische Klage, die auch auf eine Geldstrafe u. zw. auf das *quadruplum* des Interesses gerichtet ist. Sie trat an die Stelle der Kapitalstrafe, welche nach den XII Tafeln den *fur manifestus* traf und die bei einem Unfreien in der Hinrichtung *(verberibus affici et ex saxo praecipitari)* bei einem Freien dagegen darin bestand, daß er gegeißelt und dem Verletzten als Knecht (ob als Sklave oder bloß in *causam mancipii* § 117 war nach Gaius bestritten) zugesprochen wurde. In beiden Gestalten ist die *actio furti* eine *actio poenalis,* u. zw. eine reine Strafklage, die keine Ersatzfunktion übt; neben ihr ist behufs Wiedererlangung der entwendeten Sache von jeher die *rei vindicatio* zulässig.

Die *actio furti* in beiden Gestalten steht zu:

a) Dem *cuius interest furtum factum non esse,* d. h. dem durch das *furtum* Geschädigten. Dies muß nicht notwendig der Eigentümer oder dinglich Berechtigte (z. B. der Usufruktuar) sein; ist z. B. die Sache dem Kommodatar oder Pfandgläubiger entwendet worden, so haben diese die *actio furti,* weil sie vermöge der *actio commodati* und *pigneraticia directa* dem Kommodanten-Verpfänder, der meist der Eigentümer sein wird, wegen des *furtum* Ersatz leisten müssen. Denn hätten sie die Sache mit der ihnen obliegenden *diligentia diligentis patrisfamilias* verwahrt, so hätte sie nicht entwendet werden können. Vermöge dieser kontraktlichen Ersatzpflicht sind daher sie durch das *furtum* geschädigt und haben somit die *actio furti.* Sind sie dagegen insolvent oder ist das *furtum* nachweisbar trotz aller von ihnen aufgewendeten Diligenz geschehen, so ist der Eigentümer geschädigt und hat daher dieser die *actio furti.*

b) Gegen den *fur* und gegen den *cuius ope consilio furtum factum est.* Da Letzterer niemals *fur manifestus* ist, so geht gegen ihn nur die *actio furti nec manifesti,* während der *fur* nach der Beschaffenheit des *furtum* mit der *actio furti manifesti* oder *nec manifesti* belangt wird. Leistung seitens des Einen befreit nicht die Übrigen, da es sich um Strafe handelt. Verurteilung hat Infamie zur Folge (§ 35).

Außer der bisher behandelten *actio furti* gab es im klassischen Recht noch die *actio furti concepti* gegen den, bei welchem die gestohlene Sache durch die formelle, vor Zeugen vorzunehmende Haussuchung *lance et licio*)* gefunden worden ist, auf das *triplum;* weiter als Regreßklage des letztern die *actio furti oblati* auch wieder auf das *triplum* gegen den, der ihm die Sache unterschoben, zugesteckt hatte. Wer sich obiger Haussuchung widersetzte, haftete mit der *actio furti prohibiti* auf das *qua-*

*) Eine alte in den XII Tafeln erscheinende Form der Haussuchung. Der Bestohlene betritt nur mit einem Schurz *(licium)* bekleidet und eine Schüssel *(lanx)* in der Hand haltend, das Haus, in welchem er den abhanden gekommenen Gegenstand vermutet, und stellt in demselben die Nachsuchung an.

duplum; derjenige endlich, der die bei ihm gefundene Sache nicht herausgeben wollte, mit der *actio furti non exhibiti.* Alle diese durch den Prätor teils eingeführten, teils beibehaltenen besonderen Klagen hingen mit der erwähnten formellen Haussuchung *per lancem et licium* zusammen und sind mit dieser weggefallen.

Die bisher behandelte *actio furti* in ihren verschiedenen Gestalten war rein pönal und bezweckte durchaus nicht Wiederverschaffung der entwendeten Sache oder Ersatz. Zu diesem Behuf gab es von altersher zunächst nur die *rei vindicatio,* welche jedoch nicht dem durch das *furtum* Geschädigten, sondern nur dem Eigentümer der *res furtiva* (er mochte zur *actio furti* berechtigt sein oder nicht) zustand; später, seit wann wissen wir nicht, gab die Jurisprudenz dem Eigentümer der entwendeten Sache, neben der *rei vindicatio,* auch noch die *condictio,* welche in dieser Anwendung in Justinian's Kompilation *condictio furtiva* heißt *(in furtiva re soli domino condictio competit).* Sie ist nur gegen den *fur,* nicht auch gegen den *cuius ope consilio furtum factum est* zulässig. Sie geht auf Herausgabe der *res furtiva,* beziehungsweise auf Ersatz des höchsten Wertes den diese jemals hatte *(quo res unquam plurimi fuit).* Gegen den Gewalthaber des *fur* geht sie nur auf das *quod ad eum pervenit,* darüber hinaus ist *noxae deditio* zulässig (§ 101). Ihr gegenüber ist der *fur* von der Verübung des *furtum* an *in mora, (fur semper in mora esse videtur).* Sie ist eine *actio reipersecutoria* und ist als solche unbeschränkt aktiv und passiv vererblich. Mehrere *fures* haften mit ihr solidarisch (§ 78). Die Zulässigkeit der *condictio* neben der *rei vindicatio* wird ausdrücklich *odio furum* begründet. Während nämlich sonst *rei vindicatio* und *condictio* sich ausschließen, da letztere als Klage auf *dare* (§ 75), einer Sache wegen, die dem Kläger bereits gehört, nicht möglich ist, *quia quod nostrum est nobis dari non potest,* wird sie hier *odio forum, quo pluribus actionibus teneantur* konkurrierend mit der *rei vindicatio* ausnahmsweise zugelassen.

§ 95.

Die *rapina.*

Gai. III, 209; J. *v. bonor. r.* IV, 2; Cicero pro Tullio.

Wird Jemandem *dolo malo hominibus armatis coactisve* Schaden zugefügt, oder werden Jemandem auf solche Weise Sachen geraubt, so gibt das Edikt gegen jeden Täter eine Klage auf das Vierfache, nach Ablauf eines Jahres bloß auf das Einfache des Schadens. Diese Ediktsbestimmung beruht auf einer Aufstellung des Prätors M. Terentius Lucullus wahrscheinlich aus dem Jahre 76 v. Chr., welche durch die während der Bürgerkriege überhandnehmenden Gewalttätigkeiten veranlaßt war. Aus dieser Ediktsbestimmung erwuchsen zwei Klagen, eine für den Fall gewaltsamer Beschädigung, die andere für den Fall des Raubes: die *actio vi bonorum raptorum.*

Die Voraussetzung beider Klagen war dolose, auf Gewalttat gerichtete Zusammenrottung, später legte man aber nur mehr auf das Moment doloser Gewalt Gewicht und ließ die *actio vi b. r,* die uns hier allein interessiert, schon dann zu, wenn die Gewalttat ohne Zusammenrottung von einem Einzelnen verübt worden war. Berechtigt zu der Klage ist wie bei der *actio furti* der *cuius interest rem salvam esse,* also nicht bloß der Eigentümer. Sie konkurriert mit der *actio furti,* da der Raub ja nur ein qualifiziertes *furtum* ist (der Räuber ist *fur improbior*). Doch hat sie im Vergleich mit der *actio furti* den Vorteil, daß sie immer auf das *quadruplum* geht, selbst wenn der Täter auf handhafter Tat nicht ergriffen wurde, also die Tat vom Standpunkt des *furtum* aus nur als *furtum nec manifestum* erscheint. Die Klage ist eine *actio mixta,* da in dem Betrag des *quadruplum* auch schon der Ersatz mitbegriffen ist. Gegen die Erben kann sie aber trotzdem nicht angestellt werden, auch nicht bis auf den Betrag der Bereicherung. Des Ersatzes wegen ist gegen diese die *condictio furtiva* zulässig. Verurteilung des Täters infolge der *actio vi bonorum raptorum* hat Infamie zur Folge (§ 35).

§ 96.

Das *damnum iniuria datum.*

Gai. III, 210—219; IV, 37; J. *de l. Aquil.* IV, 3.

Schon die XII Tafeln, desgleichen andere uns nicht überlieferte Gesetze enthielten Bestimmungen über Sachbeschädigung. Diese wurden beseitigt und ersetzt durch die *lex Aquilia,* ein Plebiszit, ungewissen Alters. Dieses Gesetz welches sich auf die Beschädigung von Privatgut bezog*), bestand, soviel wir wissen, aus drei Kapiteln. Das zweite Kapitel handelte vom *adstipulator* (§ 83) und bestimmte, daß derselbe, wenn er durch *acceptilatio* (Schulderlaß § 103) in *fraudem stipulatoris* diesen um das Forderungsrecht gebracht habe, ihm das Interesse zu vergüten verpflichtet sein solle. Als dann die Mandatsklagen aufkamen, war für diesen Fall auch die *actio mandati directa* gegen den *adstipulator* anwendbar und reduzierte sich die Bedeutung der auf dem zweiten Kapitel beruhenden aquilischen Klage wohl nur auf die größere Prozeßstrenge, welche insbesondere auch darin hervortrat, daß *lis infitiando crescit in duplum* (S. 198). Schon zu Gaius' Zeit scheint dieses Kapitel nicht mehr gehandhabt worden zu sein. Da es übrigens gar nicht von Sachbeschädigung handelt, gehört es eigentlich nicht in diesen Zusammenhang, mußte aber doch der Vollständigkeit wegen erwähnt werden.

*) Bei Beschädigungen von *res publicae* schritten die Magistrate ein. (Administrativverfahren.) Besondere Satzungen bestanden zum Schutze der römischen Wasserleitungen, die Augustus zusammenfassen ließ. Bruns. p. 113, 193. Über Beschädigungen von *res sacrae* und *religiosae* s. § 39.

Von der Sachbeschädigung handeln bloß das erste und das dritte Kapitel des Gesetzes, welche beide auch in das Justinianische Recht aufgenommen worden sind.

Das erste Kapitel bezieht sich auf die Tötung eines fremden Sklaven oder eines fremden vierfüßigen Tieres, welches *pecudum numero est**), und bestimmt, daß der Täter dem Eigentümer zur Strafe den höchsten Geldwert ersetzen müsse, den der getötete Sklave oder das getötete Tier im letzten Jahre (von der Tötung zurückgerechnet) für den Eigentümer gehabt hatte *(quanti in eo anno plurimi fuit)*. Das dritte Kapitel handelt *de omni cetero damno*, d. h. von jeder anderen Sachbeschädigung; umfaßt also z. B. Verwundung eines Sklaven oder *pecus*, Tötung und Verwundung solcher Tiere, die nicht *pecudum numero* sind (wie z. B. eines Hundes), sowie jede Beschädigung oder Vernichtung lebloser Sachen aller Art (beweglicher und unbeweglicher**). Die durch das dritte Kapitel statuierte Strafe ist zufolge der Interpretation, welche das *plurimi* des ersten Kapitels auch hier subintellegiert, Leistung des höchsten Geldwertes, den die Sache innerhalb der letzten dreißig Tage (wieder von der Beschädigung zurückgerechnet) hatte *(quanti ea res [plurimi] fuit diebus triginta proximis)*. Die Bestimmung, daß dem Kläger nach beiden Kapiteln der höchste Geldwert zu leisten ist, den die Sache innerhalb des erwähnten längeren oder kürzeren Zeitraumes hatte, geht davon aus, daß der Geldwert den der Sklave oder die Sache während dieses Zeitraumes haben, durchschnittlich ihrem Geldwert zur Zeit der Tötung, beziehungsweise Beschädigung sehr nahe kommen wird. Da dies aber doch nur durchschnittlich der Fall sein wird, so liegt darin — was bereits die römischen Juristen betonen — auch noch ein Strafelement. Denn zufolge dieser Wertsermittlung kann es geschehen, daß dem Kläger viel mehr geleistet werden muß, als die Sache im Momente der Beschädigung noch wert war, somit viel mehr, als sein Schade wirklich beträgt. Man denke nur an den Fall, daß ein wegen Krankheit dem Tode verfallener Sklave getötet worden ist, der z. B. vor 200 Tagen noch frisch und gesund war. Die Wertsdifferenz wird hier eine bedeutende sein. Ähnlich verhält es sich nach dem dritten Kapitel, nur daß hier wegen der kürzeren Zeit die Differenz nicht leicht eine so erhebliche sein wird, wie

---

*) Dazu gehören nicht bloß die *quadrupedes, quae dorso collove domantur* (*res mancipi* § 39), sondern auch Schafe und Ziegen, die *res nec mancipi* waren.

**) Dies ist das Ergebnis der *interpretatio*, welche auch Beschädigungen von Grundstücken unter das dritte Kapitel subsumiert hat, obwohl dasselbe sich ursprünglich eigentlich doch wohl nur auf bewegliche Sachen bezogen haben dürfte. Wegen *arbores furtim (i. e. clam) caesae* gibt es neben der Klage auf Grund der *lex Aquilia* noch eine besondere prätorische Klage, die *actio arborum furtim caesarum* (wahrscheinlich an Stelle der *actio de arboribus succisis* der XII Tafeln), welche *dolus* des Täters voraussetzt, auf das Doppelte des Interesses geht und auch nach Durchführung der aquilischen Klage auf das *plus* angestellt werden kann. Hat der Täter den gefällten Baum auch entwendet, so geht gegen ihn noch die *actio furti*.

nach dem ersten Kapitel. Die Berechnung des höchsten Geldwertes, oder genauer des *quanti ea res plurimi fuit,* erfolgt in der Art, daß nicht bloß der Wert des beschädigten Objektes selbst, sondern auch alles das in Anschlag gebracht wird, was dem Eigentümer durch die Tötung beziehungsweise Beschädigung entgangen ist, also z. B. auch die Erbschaft, um welche der Herr dadurch gekommen ist, daß sein von einem Dritten zum Erben eingesetzter Sklave vor dem Erwerb der Erbschaft getötet worden ist.

Die Klagen aus beiden Kapiteln sind *actiones poenales* u. zw. *mixtae,* weil die obenerwähnte als *poena* zu leistende *litisaestimatio* zugleich Ersatzfunktion übt (daher daneben keine besondere Ersatzklage). Der Pönalzweck der Klagen bringt es mit sich, daß, wenn Mehrere zusammen den Schaden zugefügt haben, jeder derselben für sich die volle *litisaestimatio* zu leisten hat, daß daher die Leistung seitens des einen die übrigen nicht befreit (also keine Solidarität, § 78). *Adversus infitiantem* geht jede dieser Klagen *in duplum,* d. h. der, welcher die Tat *in iure* dolos ableugnet, wird auf das Doppelte der *litisaestimatio* verurteilt.

Die näheren Voraussetzungen dieser Klagen, die unter der Gesamtbezeichnung *actio legis Aquiliae* zusammengefaßt werden, sind folgende:

1. Das *damnum* muß an fremden Sachen zugefügt sein; wer seine eigene Sache beschädigt, kann z. B. als Verkäufer kontraktlich verantwortlich sein, ein Delikt begeht er dadurch nicht.

2. Das *damnum* muß *iniuria datum* sein. *Iniuria* in diesem Sinne ist jede *culpa,* also *dolus, culpa lata* oder *culpa levis.* Doch muß dies stets eine *culpa in faciendo* (positive *culpa*) sein. Bloßes *non facere* kann kontraktlich verantwortlich machen, begründet aber keine *actio legis Aquiliae.*

3. Das *damnum* muß endlich ein *damnum corpore corpori datum* d. h. durch körperliche Einwirkung auf die Sache herbeigeführt sein: es muß ein *occidere, rumpere, frangere, urere* usw. vorliegen. Wer den Sklaven z. B. nicht tötet, sondern nur *mortis causam praebet,* indem er ihm z. B. Gift hinstellt, das dieser dann austrinkt, oder ihn einsperrt und verhungern läßt, fällt nicht unter das Aquilische Gesetz.

Doch kam wohl bald eine freiere Auffassung zur Geltung, welche über das Requisit des *damnum corpore corpori datum* hinaus analoge Klagen *(utiles actiones)* zuließ. So in den eben erwähnten und ähnlichen Fällen, wo zwar ein *damnum corpori,* nicht aber *corpore datum* vorliegt, desgleichen weiter auch in solchen Fällen, wo Jemandem, zwar ohne Sachbeschädigung, aber doch bezüglich der Sache ein Schaden zugefügt wird (es also auch am *damnum corpori datum* fehlt), wie z. B. wenn Jemand durch Ungeschicklichkeit einen fremden Ring in einen reißenden Strom fallen läßt, oder *misericordia ductus* einen fremden gefesselten Sklaven losbindet und dieser entläuft. Endlich wurde eine *actio legis Aquiliae utilis* auch wegen Beschädigung der Gliedmaßen eines Freien (aber nur auf Ersatz der

Kurkosten und des entgangenen Arbeitsgewinnes) gegeben. Für alle diese *actiones utiles* ist das Erfordernis der *culpa* des Täters beibehalten.

Aber auch an anderen *utiles actiones* hat es im Anschluß an die *Aquilia* nicht gefehlt:

1. Dem Wortlaut des Gesetzes nach ist nur der *dominus* der beschädigten Sache klagberechtigt *(domino — dare damnas esto)*. Später hat man aber auch dem *bonae fidei possessor*, Pfandgläubiger, Usufruktuar und Usuar, endlich auch dem Pächter (wegen Beschädigung der *fructus pendentes*) eine nachgebildete Klage gewährt.

2. Die *actio legis Aquilae* war aktiv und passiv nur auf Bürger, nicht auf Peregrinen berechnet; für und gegen diese wurden ebenfalls *utiles actiones* u. zw. fiktizische Klagen (§ 161) gegeben.

§ 97.

Die *iniuria.*

Gai. III, 220—225; Paul. *sent.* V, 4; J. *de iniur.* IV, 4.

Iniuria im weiteren Sinne ist Alles, *quod non iure fit.* Als das hier zu behandelnde besondere Delikt dagegen ist *iniuria* die Überhebung einer Person über die andere (*ὕβρις*, Hochmut) mit a. W. die Betätigung der Mißachtung der Person eines anderen. Sie kann begangen werden durch Handlungen, welche direkt gegen die Person, ihre Ehre, körperliche Integrität, Freiheit gerichtet sind, aber auch in solchen Handlungen bestehen, die nicht unmittelbar die Person, sondern konkrete Rechte derselben treffen, sofern sie wesentlich zu dem Zwecke vorgenommen werden, dadurch die Mißachtung der Person auszudrücken. Wer z. B. in dieser Absicht den Sklaven oder Hund eines anderen mißhandelt, Unrat auf einem fremden Grundstück ablagert, injuriiert dadurch den Eigentümer. Gewöhnlich stellt sich die Handlung, die den Tatbestand einer *iniuria* bildet, als Frechheit, Unverschämtheit, Rechtshohn gegenüber einer Person dar. Sie soll dem Verletzten zeigen, daß man sich aus ihm nichts mache. Sofern nun diese Handlungen nicht den Tatbestand eines anderen Deliktes, z. B. der *rapina*, bilden, sind sie *iniuria* in unserem Sinne. Dieses Delikt setzt voraus:

1. Den *animus iniuriandi*, d. h. die auf Betätigung der Mißachtung der Person gerichtete Absicht. Die *iniuria* ist somit stets ein doloses Delikt.

2. Die Betätigung dieses *animus* durch Worte (gesprochene oder geschriebene) oder durch Werke, wie in den vorerwähnten Beispielen. Danach unterscheidet man Verbal- und Realinjurien. Hervorzuheben ist nur noch, daß in der gegen eine Person verübten Injurie mittelbar auch eine solche gegen eine andere Person enthalten sein kann, wie z. B. gegen den Ehemann oder Gewalthaber der unmittelbar injuriierten Person.

Schon die XII Tafeln haben einzelne hervorragende Injurienarten mit Strafe belegt, so Spottlieder und Spottgedichte *(occentare, malum carmen incantare)* mit der *verberatio*. Wegen *membrum ruptum* (Verstümmelung eines Gliedes) gestatteten sie, wenn kein Ausgleich erzielt wurde, Talion. Auf andere Realinjurien waren Privatstrafen gesetzt, so auf *os fractum* oder *collisum* (Knochenbruch oder Verrenkung) eine Strafe von 300 oder 150 As, je nachdem die Tat an einem Freien oder Sklaven verübt war, auf geringere Realinjurien endlich eine Privatstrafe von 25 As. Überholt wurden diese lückenhaften und später bei zunehmendem Reichtum nicht mehr ausreichenden Bestimmungen durch die umfassende im Edikt des Prätors aufgestellte *actio iniuriarum aestimatoria*, welche auf eine arbiträre Geldstrafe gerichtet war. Dabei hatte der Kläger genau anzugeben: *quid iniuriae factum sit*, indem er zugleich eine *taxatio* derselben in Geld aufstellte. Sache der Richter war es dann, auf die ihnen nach den Umständen entsprechend scheinende Strafsumme *(quantam pecuniam vobis bonum aequum videbitur)*, doch nie über den Betrag der *taxatio* hinaus, zu kondemnieren. Handelt es sich um eine *iniuria atrox* (was sich nach der Person des Verletzten, der Beschaffenheit der Tat und des Ortes ihrer Verübung richtete), so bestimmte der Prätor, das Maximum, innerhalb dessen sich dann die richterliche Kognition bewegte. Verurteilung hat Infamie zur Folge (§ 35).

Die *actio iniuriarum* kann nur *intra annum utilem* angestellt werden; sie ist eine *actio vindictam spirans*, denn sie bezweckt Genugtuung für den Verletzten, so daß die Geldstrafe nur als Sühnemittel erscheint. Folgeweise ist sie auch auf der Klägerseite nicht vererblich, wenn der Verletzte vor Anstellung derselben stirbt (§ 93). Sie erlischt ferner *dissimulatione*, wenn der Verletzte sich mit dem Täter ausgleicht oder zu erkennen gibt, daß er die Tat nicht als Injurie empfinde.

Auf der Basis des Edikts hat die Jurisprudenz den oben dargelegten weitreichenden Injurienbegriff entwickelt. Neben dem geschilderten *generale edictum* über Injurien enthielt das Edikt auch noch Spezialbestimmungen für besondere Arten von Injurien, so über das *convicium* (Schmähung), *de adtemptata pudicitia* (Angriffe auf die Züchtigkeit der Frauen und der Jugend), *de iniuriis, quae servis fiunt* u. a. Bemerkenswert ist noch die Bestimmung, daß auch Hauskinder, wegen der ihnen zugefügten Injurien im Falle der Abwesenheit ihres Gewalthabers *causa cognita* vom Prätor zur Klage zugelassen werden.

Auf schwere Injurien u. zw. auf solche die darin bestehen, daß jemand *pulsatum verberatumve domum suam vi introitam esse dicat*, überhaupt auf jede Injurie *quae manu fit*, bezog sich eine *lex Cornelia* aus der Zeit Sullas. Die durch sie gewährte *actio iniuriarum legis Corneliae* wird der früher geschilderten *actio iniuriarum praetoria* gegenübergestellt und an ein besonders zu bildendes Gericht gewiesen. Auch sie steht aber nur

dem Verletzten (wenn dieser ein Haussohn ist nur diesem, der Vater hat deshalb nur die *actio iniuriarum praetoria*), wenn auch *pro publica utilitate*, zu und ist eine *actio privata*. Der Klageantrag geht auf eine feste Geldsumme; an diese ist das Gericht gebunden und kann nur freisprechen oder dem Antrag gemäß verurteilen.

§ 98.

Die *actio doli*.

l. 1, § 1, 4, 6. D. *de dolo* IV, 3; l. 3. § 1. D. *stellionatus* XXXXVII. 20.

Im Anschluß an die Delikte ist endlich noch die von C. Aquilius Gallus (Cicero Freund) eingeführte *actio doli* zu erwähnen, welche im Edikt wegen jeder dolosen (arglistigen) Vermögensschädigung (Übervorteilung usw.) in Aussicht gestellt wird, falls dieserwegen nicht eine andere Klage zulässig ist und dem Ermessen des Prätors nach ein ausreichender Grund für Gewährung einer Klage vorliegt. Auch Verurteilung infolge dieser Klage zieht Infamie nach sich. Die *actio doli* ist eine bloß subsidiäre Klage, welche nach dem Edikt nur *intra annum utilem* (nach Justianischem Recht binnen zwei Jahren) angestellt werden kann. Nach Ablauf dieser Zeit kann des *dolus* wegen nur in *factum* ohne Rechtsfolge der Infamie auf die Bereicherung geklagt werden. In derselben abgeschwächten Gestalt geht die Klage auch gegen die Erben des Täters. Sie erscheint überhaupt als eine im Falle des *dolus* platzgreifende Ergänzungsklage, die dort eintritt, wo es an einem anderen ausreichenden Rechtsmittel fehlt.*) Bemerkenswert ist noch, daß sie unter Festhaltung dieser Subsidiarität wegen doloser Vermögensschädigung überhaupt statthaft ist, während die auch die bloße *culpa* umfassende *actio legis Aquiliae* nur auf Sachbeschädigung beschränkt ist.

§ 99.

Die Quasidelikte.

l. 5. §§ 4—6. D. *d. O. et A.* XLIV, 7; J. *de oblig. q. ex del.* IV, 5

Quasidelikte sind solche Tatsachen, welche ohne Delikte zu sein doch deliktsähnliche Obligationen erzeugen. Die Institutionen führen unter dieser Rubrik folgende Fälle an:

1. *Si iudex litem suam facit.* Der Richter (im Formularprozeß der Zivilgeschworene § 160), welcher durch sein Verschulden im Prozeß einer Partei einen Schaden zufügt, kann von dieser auf eine Geldstrafe

*) Der privatrechtlichen *actio doli* entspricht im Gebiete des Kriminalrechts das *crimen stellionatus* (*Ulpianus: quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio, ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiiciemus —.*

belangt werden, deren Betrag nach billigem Ermessen bestimmt wird (*quantum ob eam rem aequum videbitur*). Nach Umständen kann diese Strafe, welche zugleich Ersatzfunktion hat, die *vera litis aestimatio* umfassen. Die Klage bezieht sich nicht bloß auf den Fall absichtlich ungerechten Urteils, sondern ganz vorzüglich auch auf kleine Nachlässigkeiten des Richters in der Prozeßleitung (wie z. B. Terminversäumnisse), welche auf bloße *imprudentia* zurückzuführen sind. Gerade solche Fälle machen es erklärlich, daß man das *litem suam facere* nicht als Delikt, sondern nur als Quasidelikt angesehen hat. Gegen die Erben des *iudex* kann die Klage nicht angestellt werden.

2. Die *actio de deiectis et effusis*. Wird aus einer Wohnung etwas auf einen Ort *quo vulgo iter fit vel in quo consistetur* so hinausgeworfen oder hinausgeschüttet, daß dadurch ein Schaden zugefügt wird, so gibt der Prätor gegen den damaligen Inhaber dieser Wohnung (*qui ibi habitaverit*) eine *actio poenalis* auf das *duplum* des Schadens. Wurde dadurch ein Freier getötet oder verwundet, so wird eine *actio popularis* auf 50.000 Sesterzen (50 *aurei*), beziehungsweise auf einen solchen Betrag gewährt, *quantum ob eam rem aequum iudici videbitur*. Mehrere Inhaber der Wohnung haften nur solidarisch (§ 78). Der Verurteilte kann mittelst besonderer *actio in factum* Regreß gegen den Täter nehmen. Gegen die Erben können diese Klagen nicht angestellt werden; dagegen ist die erstgenannte auf der Klägerseite vererblich, nicht aber auch die *actio popularis*, weil diese als solche überhaupt nicht auf die Erben übergeht. Zwar kann auch der Erbe sie anstellen, aber nicht in seiner Eigenschaft als Erbe, sondern als einer aus dem Volke, also unabhängig von der Erbenqualität.

3. Die *actio de posito et suspenso*. Wenn auf dem Vorsprung eines Gebäudes über einem Ort *quo vulgo iter fit sive in quo consistetur* eine Sache so aufgestellt oder aufgehängt ist, daß durch Herabfallen derselben jemandem ein Schade zugefügt werden könnte, so gibt das Edikt gegen den Inhaber des betreffenden Gebäudeteiles (*inquilinus* oder *dominus*, er mag dort wohnen oder nicht, die Sache selbst aufgestellt haben oder nicht) wieder eine *actio popularis* auf eine Geldstrafe von 10.000 Sesterzen (10 *aurei*). Mehrere Inhaber haften auch hier nur *in solidum* (§ 78). Betreffs der Nichtvererblichkeit dieser Klage gilt das im vorigen Punkt Gesagte. Ist durch das Herabfallen wirklich ein Schade entstanden, so hat außerdem auch der Geschädigte gegen den Schuld tragenden die *actio legis Aquiliae* (§ 96).

4. Zwei *actiones in factum adversus nautas caupones et stabularios*. Mit diesen Klagen haften Schiffer (Schiffsrheder) und Wirte für das *furtum* und das *damnum iniuria datum*, welches von ihnen selbst oder von ihren Angestellten oder von ihren Inwohnern (*inhabitatores perpetui*, nicht auch *viatores*) an (nicht übernommenen, § 92) Sachen der Reisenden verübt worden ist. Beide Klagen gehen auf das *duplum* des

Schadens. Auch diese Strafklagen sind nur aktiv, nicht passiv vererblich. Der Geschädigte hat die Wahl, ob er unsere Quasideliktsklagen gegen den Wirt beziehungsweise Schiffer oder die gewöhnliche Deliktsklage *(actio furti, legis Aquiliae)* gegen den **Täter** anstellen will.

Alle vorstehenden Klagen setzen eine unerlaubte Handlung voraus, werden aber als Deliktsklagen deswegen nicht angesehen, weil sie entweder gar keine wirkliche Rechtsverletzung voraussetzen oder doch nicht gegen den Schuldigen oder endlich nicht bloß gegen diesen, sondern in polizeilichem Interesse auch gegen einen vielleicht ganz Schuldlosen angestellt werden können. Weshalb das *litem suam facere,* das dem Delikt am nächsten steht, gleichwohl nicht als solches angesehen wurde, ist bereits oben angedeutet.

Gesetzliche akzessorische Haftungen.

§ 100.

Die *actiones adiecticiae qualitatis.*

Gai. IV, 69—74; J. *quod cum eo.* IV, 7; l. 5, § 4. l. 47, § 6, l. 45. 53 D. *de pec.* XV. 1; D. *quando de pec. ann.* XV. 2; frag. Vat. 260.

I. Schließt ein Gewaltuntertäniger (Sklave oder Hauskind) mit Dritten außerhalb derselben *potestas* Stehenden einen Kontrakt, so wird daraus **unmittelbar** der Gewalthaber **forderungsberechtigt** (Gläubiger, §§ 27, 32). Dasselbe gilt bei Quasikontrakten, die sich auf den Gewaltuntertänigen beziehen. Fungiert z. B. ein Sklave als *negotiorum gestor,* so steht die etwaige *actio negotiorum gestorum contraria* unmittelbar seinem Gewalthaber zu. Was dagegen die **Verpflichtungen** aus solchen Kontrakten und Quasikontrakten der Sklaven und Hauskinder anbelangt, so entstehen diese *iure civili* nur in der **Person des Gewaltuntertänigen selbst,** dieser allein wird durch seine Geschäfte *iure civili* obligiert und zwar der Haussohn klagbar, der Sklave bloß *naturaliter* (klaglos § 76). Der Gewalthaber haftet aus den **Geschäften** seiner Gewaltuntertänigen nicht. Erst das **prätorische Edikt** hat aus solchen Kontrakten und Quasikontrakten der Sklaven und Hauskinder **Klagen gegen den Gewalthaber** zugelassen, die aber jede an bestimmte **besondere** Voraussetzungen geknüpft sind. Somit haftet auch nach prätorischem Edikt der Gewalthaber nicht grundsätzlich, sondern nur ausnahmsweise, aus besonderen Gründen, für die Schulden seiner Hausuntertänigen. Die diesbezüglichen Klagen sind folgende:

A. Die *actio quod iussu.* Hat Jemand über ausdrückliche oder stillschweigende, spezielle oder allgemeine, **Ermächtigung** *(iussus)* des Gewalthabers mit dessen Sklaven oder Hauskind kontrahiert oder hat der Gewalthaber das Geschäft nachträglich genehmigt, so hat der Dritte gegen ihn die *actio quod iussu* auf den **ganzen** Betrag der dadurch für den

Sklaven oder Sohn erwachsenen Schuld. Der Grund der Haftung liegt im *iussus patris vel domini*, wodurch dieser die Gefahr des Geschäftes auf sich nimmt.

B. Die *actio de peculio et de in rem verso.* Diese Klage setzt voraus, daß der Gewalthaber seinem Sohn oder Sklaven ein *veculium* konzediert, d. h. ihm gewisse ausgeschiedene Vermögensstücke als Sondergut zu Verwaltung und Genuß überlassen hat. Juristisch bleibt dieses *peculium* Bestandteil des Vermögens des Gewalthabers, während es faktisch *quasi patrimonium filii vel servi* ist. Es erlischt durch Einziehung *(ademtio)* seitens des Gewalthabers, welcher diese jederzeit beliebig vornehmen kann; außerdem erlischt es durch den Tod des Gewalthabers oder des Gewaltuntertänigen, ferner durch Veräußerung, Manumission beziehungsweise Emanzipation*), des letzteren. Hat nun der Haussohn oder Sklave ein solches *peculium* vom Gewalthaber erhalten, so kann dieser daraufhin aus den Geschäftsschulden des Ersteren, sie mögen bereits vor oder erst nach der *concessio peculii* begründet worden sein, mit obiger Klage belangt werden. In derselben sind zwei Haftungsgründe mit einander verbunden, nämlich:

1. Der Haftungsgrund *de peculio.* Diesem zufolge haftet der Gewalthaber für den Inhalt der vom Sohn oder Sklaven eingegangenen Geschäftsschuld soweit, als das *peculium* reicht (also nicht etwa bloß mit dem *peculium*, sondern persönlich mit seinem ganzen Vermögen, aber nur für den Betrag, der sich als Inhalt des *peculium* ergibt). Jedoch ist er dem Kläger gegenüber befugt, vom *peculium* alles das in Abzug zu bringen, was der Sohn oder Sklave ihm selbst schuldet. Gerade darin liegt die Hauptbedeutung der bloß naturalen (§ 76) obligatorischen Verhältnisse zwischen Gewaltuntertänigen und Gewalthaber, daß selbe, sofern sie Aktiven des Sohnes oder Sklaven sind, zum *veculium* hinzugerechnet, sofern sie dagegen Passiven sind vom *peculium* abgezogen werden. Sofern es sich nämlich um Passiven des Sohnes oder Sklaven dem Gewalthaber gegenüber handelt, hat dieser ein Deduktionsrecht, d. h. ist dem Kläger gegenüber befugt, vorerst seinen Forderungsbetrag vom *peculium* in Abzug zu bringen. Erst das, was *deducto eo quod patri vel domino debetur* noch übrig bleibt, ergibt dann den Maximalbetrag, bis zu welchem der Gewalthaber dem klagenden Gläubiger des Sohnes oder Sklaven *de veculio* haftet.**) Demgemäß kann

*) Durch *manumissio* und *emancipatio* erlischt es auch dann, wenn es dem *manumissus* oder *emancipatus* „belassen" wird; denn ein solches „Belassen" hat die Bedeutung, daß dadurch das *peculium* schenkungsweise zum *patrimonium*, d. h. aus bloß faktischem Vermögen, zu wirklichem juristischen Vermögen des *manumissus* oder *emancipatus* gemacht wird.

**) Auf Forderungen Dritter wird hiebei keine Rücksicht genommen. Also z. B. die Aktiven des *peculium* betragen 10.000; die Passiven: 5000 dem Vater, 4000 dem *A*, 3000 dem *B*, 2000 dem *C*. *A* klagt *de peculio* auf seine 4000. Hier zieht der Vater nur seine 5000 ab, bleibt somit als Maximalbetrag seiner Haftung: 5000, folgeweise wird er dem *A* auf den ganzen Betrag von 4000 verurteilt. Klagt dann später *B* auf 3000,

es geschehen, daß trotz des Bestandes eines *peculium* doch von einer Haftung *de peculio* nicht die Rede ist, weil das *quod patri dominove debetur* die Aktiven des *peculium* erschöpft oder gar übersteigt. So lange das Gewaltverhältnis dauert, ist diese Haftung *de peculio* eine *perpetua*, die selbst nach *ademtio peculii* fortbesteht; sobald aber das Gewaltverhältnis durch Tod (des Gewalthabers oder Gewaltuntertänigen), *alienatio* oder *manumissio* des Sklaven, Emanzipation des Haussohnes erlischt, wird sie zur *annalis*. Von da an haftet nämlich der gewesene Gewalthaber (bezw. sein Erbe) mit der *actio de peculio* nur mehr innerhalb eines *annus utilis*.*)

2. Der Haftungsgrund *de in rem verso*. Derselbe setzt außer dem *peculium* voraus, daß der Sohn oder Sklave das, was ihm durch das vom Gläubiger eingeklagte Verpflichtungsgeschäft zugekommen ist (z. B. den Darlehensbetrag), in das Vermögen des Gewalthabers, ganz oder teilweise, verwendet hat. Aus solcher *versio in rem patris vel domini* ist ihm der Gewalthaber auf den Betrag derselben (aus dem Titel der Bereicherung) *naturaliter* verpflichtet, das bezügliche Forderungsrecht des Sohnes oder Sklaven ist (gewöhnlich) ein Aktivum des *peculium*. Die Klausel unserer Klage: *de in rem verso* hat nun die Bedeutung, daß der Gläubiger des Sohnes oder Sklaven das erwähnte Aktivum im Voraus beanspruchen, mit a. W. verlangen kann, daß der Gewalthaber ohne Rücksicht auf den Stand des *peculium* und sein Deduktionsrecht ihm gegenüber aus dem in Frage stehenden Verpflichtungsgeschäfte des Sohnes, durch welches dieser die Mittel zur *versio in rem patris* erlangt hat, bis auf den Betrag derselben verurteilt werde. Praktisch wird diese über die Klausel *de peculio* hinausgehende Haftung des Gewalthabers z. B. dann, wenn das *peculium* durch die Deduktionsposten des Gewalthabers erschöpft ist, so daß *deducto eo, quod patri debetur* für den Kläger nichts übrig bleibt, oder wenn die Pekuliarhaftung nach Erlöschung des *peculium* durch Ablauf des oben erwähnten Jahres aufgehoben ist. Dann wird der Kläger vermöge der Klausel *de in rem verso* wenigstens das erlangen, daß der Gewalthaber ihm doch auf den Betrag der *versio* verurteilt wird.

Regelmäßig wurden nun beide Haftungsgründe in der Formel kombiniert, d. h. der Richter wurde angewiesen, den Gewalthaber zu verurteilen: *dumtaxat de peculio vel si quid in rem patris versum est.* Daraufhin hatte der Richter zuerst zu ermitteln, ob *versio in rem* vorliegt und wie weit selbe reicht, da diese Haftung des Gewalthabers vom Stand des *peculium*

so wird wieder der jetzige Stand des *peculium* zu ermitteln sein. Dieser beträgt jetzt 5000 Aktiven, davon zieht der Vater ab die 4000, die er dem *A* zahlen mußte, da diese ihm der Sohn zu ersetzen hat. Bleibt als Maximalbetrag seiner Haftung dem *B* gegenüber der Betrag von 1000. Auf diesen allein wird er dem *B de peculio* verurteilt usw.

*) Im Falle solcher *actio de peculio annalis* ist das *peculium* erloschen (siehe oben), so daß die Haftung *de peculio* hier den Bestand des *peculium* um den *annus utilis* überdauert. Der Ermittlung des Haftungsbetrages wird das zugrunde gelegt, was ohne die Erlöschung Inhalt des *peculium* sein würde.

unabhängig war und erst wenn dadurch die ganze Forderung des Klägers nicht gedeckt war, hatte er auf die Haftung *de peculio* einzugehen, also festzustellen, wie weit diese nach dem Stand des *peculium* und des Deduktionsrechtes des Vaters reicht und schließlich auf den Gesamtbetrag zu kondemnieren, der sich durch die Addition der beiden Posten *versio* und *de peculio* ergab. Es war aber keineswegs notwendig, daß in der Klage stets beide Haftungsgründe verbunden wurden. Nach Lage des Falles konnte auch nur *de peculio* oder nur *de in rem verso* geklagt werden. Ersteres wird der Kläger z. B. dann getan haben, wenn er wußte, daß keine *versio in rem* vorliegt, letzteres dann, wenn die Haftung *de peculio* durch Zeitablauf bereits erloschen oder wegen der Deduktionsposten des Gewalthabers voraussichtlich erfolglos war. Der regelmäßige Fall war aber immer der, daß die Klageformel *duas condemnationes* hatte: *de peculio* und *de in rem verso*.

C. Die *Actio tributoria*. Tatsächliche Voraussetzung dieser Klage ist, daß der Sohn oder Sklave ein *peculium* hat und mit dem Wissen des Gewalthabers ein Handelsgewerbe betreibt. Kaufmann ist hier der Sohn oder Sklave, nicht der Gewalthaber. In einem solchen Falle ist nun das Handelsvermögen *(merx peculiaris)*, d. i. das *peculium* oder der Teil desselben, welcher zum Handelsbetrieb verwendet worden war, unter die Handelsgläubiger des Sohnes oder Sklaven *pro rata* ihrer Forderungen zu verteilen. Ein Deduktionsrecht hat hier der Gewalthaber nicht, er steht vielmehr den übrigen Gläubigern gleich und kann wie diese nur soviel verlangen, als von der *merx peculiaris pro rata* seiner Forderung auf ihn entfällt. Die Verteilung der *merx peculiaris* auf die Forderungen der einzelnen Gläubiger war durch das Edikt dem Gewalthaber überlassen. Wenn nun dieser dolos entweder gar nicht oder nicht gehörig verteilte (z. B. einem Gläubiger weniger zuwies, als diesem bei gehöriger proportionaler Verteilung zugekommen wäre), so konnte jeder dadurch benachteiligte Gläubiger auf den ihm gebührenden proportionellen Betrag bezw. auf das ihm davon Entzogene gegen den Gewalthaber mit der *actio tributoria* klagen.

II. Hat jemand als beauftragter Bevollmächtigter für einen andern Geschäfte geschlossen, so wird nach römischem Recht nur er selbst, nicht der Auftraggeber *(dominus negotii)* daraus berechtigt und verpflichtet. *Iure civili* kann daher die Geschäftsklage nur gegen ihn, nicht gegen den *dominus* angestellt werden. Auch hier hat aber das prätorische Edikt eingegriffen, indem es statuierte, daß dann, wenn die Bevollmächtigung *praepositio magistri navis* oder *institoris* ist, unbeschadet der Haftung des Kontrahenten selbst, auch Klagen gegen den Geschäftsherrn zulässig sein sollen. Diese Klagen sind die *actio exercitoria* und die *actio institoria*.*) Beide setzten eine gewerbliche Unternehmung des *dominus* voraus; erstere Schiffsrhederei, letztere jede andere gewerbliche Unternehmung, z. B. Betrieb

*) Nicht zu verwechseln mit der sog. *actio institutoria* (§ 83).

eines Handelsgewerbes seitens des *dominus*. (Kaufmann ist daher hier der *dominus.)* Weiter wird erfordert, daß der *dominus* im ersten Fall als Schiffsrheder *(exercitor navis)* Jemanden zum *magister navis* (Schiffskapitän), im zweiten Fall als Gewerbsmann anderer Art, z. B. als Kaufmann, Jemanden zum *institor* in seinem Geschäfte bestellt habe (z. B. *tabernae suae praeposuit). Magister navis* wie *institor* konnte nicht bloß ein Haussohn oder Sklave des Unternehmers, sondern auch eine ihm nicht untertänige Person sein, also eine *libera persona,* oder auch ein fremder Haussohn oder Sklave. Der Umfang der Vollmacht des Bestellten bestimmt sich nach dem Willen des *dominus* durch die sog. *lex praepositionis.* Ist darin nichts näheres bestimmt, so gilt der *praepositus* als zu solchen Geschäften bevollmächtigt, die der ordentliche Betrieb eines derartigen Gewerbes mit sich bringt, also z. B. der *magister navis* zum Abschluß von Frachtgeschäften, Aufnahme von Darlehen behufs Reparaturen des Schiffes usw. der *institor* je nach seiner Stellung zum Verkauf von Waren, Empfangnahme der Zahlung usw. Wenn nun jetzt *magister navis* oder *institor* innerhalb der Grenzen ihrer Vollmacht (der *lex praepositionis)* ein Verpflichtungsgeschäft einem Dritten gegenüber eingehen, so kann dieser darauf den Geschäftsherrn selbst, und zwar den *exercitor navis* mit der *actio exercitoria,* jeden anderen gewerblichen Unternehmer dagegen mit der *actio institoria,* belangen. Beide Klagen gehen auf den ganzen Betrag der vom *magister navis* oder *institor* eingegangenen Geschäftsverpflichtung. Außerdem bleibt auch die *iure civili* entstehende Verpflichtung des *magister navis* oder *institor,* je nachdem diese Freie oder Sklaven sind, als *civilis* oder *naturalis obligatio* aufrecht.

III. Alle vorstehenden unter I. und II. angeführten Klagen bezeichnen die Neueren als *actiones adiecticiae qualitatis.* Alle diese Klagen gehen davon aus, daß der Gewalthaber oder Geschäftsherr durch das Geschäft *iure civili* nicht verpflichtet wird. Verpflichtet wird *iure civili* nur der Kontrahent: der Haussohn, Sklave, *magister navis, institor.* sei es klagbar, sei es klaglos. Ist er klagbar verpflichtet, so geht nur gegen ihn die Geschäftsklage, z. B. die *condictio mutui, actio empti* usw. Allein neben derselben kann der Inhalt seiner Verpflichtung auch gegen den Gewalthaber oder Geschäftsherrn mit der entsprechenden *actio adiecticiae qualitatis* geltend gemacht werden, sei es in vollem *(actio quod iussu, exercitoria, institoria),* sei es in beschränktem *(actio de peculio* und *de in rem verso, tributoria)* Umfange. Mittelst der *actio adiecticiae qualitatis* fordert daher der Gläubiger von einem dritten Nichtkontrahenten das, was ihm der Kontrahent aus dem betreffenden Geschäft, z. B. Kauf, Darlehen usw., schuldig ist. Folgeweise bestimmt sich der Inhalt der *actio adiecticiae qualitatis* immer nach dieser Geschäftsschuld bezw. nach dem Inhalt der daraus gegen den Kontrahenten resultierenden Geschäftsklage. Inhaltlich ist daher z. B. die *actio quod iussu, de peculio* usw. entweder eine *condictio mutui,* oder *actio*

empti, locati, conducti, pro socio usw. Die durch sie geltend gemachte Haftung des Gewalthabers hat somit nur einen akzessorischen Charakter. Sie ist ähnlich der Bürgschaftshaftung nur mit dem Unterschiede, daß sie nicht kraft Vertrags, sondern kraft des praetorischen Edikts eintritt.

Zur Illustration des Ganzen möge die Formel der *actio de peculio* dienen, welche in ihren Hauptzügen mutmaßlich so gelautet haben mochte:

Quod Titius Seio filiofamilias mensam argenteam commodavit q. d. r. a., quidquid ob eam rem Seium Titio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Gaium patrem de peculio — vel si quid in rem Gai patris versum est, condemna s. n. p. a.

Der Vater Gaius wird hier *de peculio et de in rem verso* auf das belangt, was der Sohn Seius als Kommodatar dem Kläger Titius zu leisten hat. Auf das, was sich nach Kommodatsgrundsätzen als Inhalt der Verpflichtung des Seius ergibt, wird Gaius dann *de peculio* und *de in rem verso* verurteilt.

Eine sog. vollkommene Stellvertretung (§ 22) ergibt sich somit auch auf der Basis der *actiones adiecticiae qualitatis* nach römischem Recht nicht.

§ 101.

Die Noxalklagen.

Gai III, 75—79; J. *de nox. act.* IV, 8; *si quad.* IV, 9; Paul *sent.* I, 15.

I. Hat ein Sklave oder Hauskind ein Delikt begangen, so hat der dadurch Verletzte gegen den Gewalthaber des Täters die Deliktsklage als *actio noxalis*. Dieser zufolge wird der Gewalthaber dazu verurteilt, entweder die auf das betreffende Delikt gesetzte Strafe zu zahlen, oder den Täter (Sklaven oder Hauskind) dem Kläger *noxae dedere.**) Folgeweise haftet er äußersten Falls nur mit dem *corpus* des Täters und wird durch Auslieferung desselben frei. Die Noxalklagen beruhen teils schon auf den XII Tafeln und späteren Gesetzen wie die *actio furti noxalis*, die *actio legis Aquiliae noxalis*, die *actio legis Plaetoriae noxalis*,**) teils auf dem prätorischen Edikt, wie die *actio vi bonorum raptorum* und *iniuriarum noxalis* u. a. Mit der Noxalklage haftet der Gewalthaber nicht als Delinquent, sondern nur als Gewalthaber aus dem Delikt des Sklaven oder Hauskindes *(servi vel filii nomine)*, also nur kraft seiner *potestas* über den Täter, folgeweise auch nur so lange, als er die *potestas* über diesen hat. Daher der Satz: *noxa caput sequitur.* Stirbt der Täter vor Anstellung der Klage, so erlischt die Noxalhaftung des Gewalthabers, verkauft dieser den Schuldigen oder gibt er denselben (wenn er ein Hauskind ist) einem

*) Nach Servius Sulpicius ist *noxa* soviel wie *peccatum aut pro peccato poena. Item cum lex iubet noxae dedere, pro peccato dedi iubet.* Der durch die *noxa* verübte Schaden heißt *noxia. Festus* 174 (Bruns l. c. *scriptores* p. 17).

**) Pfaff und Hoffmann *Fragmentum de formula Fabiana* a. a. O, S. 5, 36 fg.

anderen in Adoption, so geht die Noxalhaftung mit dem Schuldigen passiv auf den neuen Gewalthaber über. Wird endlich der Schuldige manumittiert, oder emanzipiert, so geht jetzt gegen ihn selbst die gewöhnliche Deliktsklage. Anderseits kann aber auch wieder die gewöhnliche Deliktsklage in eine Noxalklage übergehen, wenn der Freie nach Verübung des Deliktes Sklave eines Andern wird oder durch Arrogation in die *potestas* eines Dritten kommt. Weder eine Noxal- noch eine Deliktsklage tritt dagegen ein, wenn der Gewaltuntertänige seinem Gewalthaber selbst eine *noxia* zufügt, da hier das Gewaltverhältnis die Entstehung einer Klage ausschließt. Dabei bleibt es auch dann, wenn der Täter später frei wird oder in die *potestas* eines Andern kommt; auch jetzt kann weder gegen ihn selbst, noch gegen den neuen Gewalthaber der früheren Übeltat wegen Klage erhoben werden, da das persönliche Verhältnis des Täters zum Verletzten von Anfang an keine Klage entstehen ließ. Hat der Sohn oder Sklave das Delikt gegen den Dritten *sciente patre vel domino* verübt, und zwar unter Umständen, daß es letzterer hätte hindern können, so haftet dieser einmal als Mitschuldiger mit der gewöhnlichen Deliktsklage, außerdem aber auch *servi vel filii nomine* mit der betreffenden Noxalklage. Wurde endlich das Delikt *iussu* des Gewalthabers verübt, so haftet nur dieser als Delinquent, eine Noxalklage findet hier nicht statt.

Die *noxae deditio*, zu welcher der Gewalthaber der Noxalklage gegenüber berechtigt aber nicht verpflichtet ist — denn, wenn er will, kann er ja auch die *litis aestimatio*, d. i. die betreffende Strafsumme, also z. B. wegen eines *furtum* seines Sklaven nach Umständen das *duplum* oder *quadruplum*, zahlen — besteht ordentlicherweise in der Manzipation des Schuldigen an den Kläger. Ist der Schuldige ein Sklave, so erlangt der Kläger dadurch an ihm das quiritische Eigentum, während das Hauskind dadurch bei ihm *in causam mancipii* (§ 117) kommt. Bloße Tradition, desgleichen *ductio* des schuldigen Sklaven begründen nur das *in bonis esse*, welches erst durch Usukapion zum quiritischen Eigentum wird (§ 44). Fehlt es am Eigentum des Beklagten (Auktors) so entsteht durch die *noxae deditio* gewöhnlicher Usukapionsbesitz.

Noxalhaftung tritt auch bei Quasidelikten eines Gewaltuntergebenen, ein, wenn er *insciente domino vel patre* die diesbezügliche Tat verübt hat.

II. Eine Anwendung der Noxalhaftung auf Tiere ist die *actio de pauperie*. Diese geht nach den XII Tafeln gegen den Eigentümer der *quadrupes*, welche *contra naturam feritate commota* (aus besonderer Bosheit oder ganz ungewöhnlicher Erregung) Jemandem einen Schaden *(pauperies)* zugefügt hat. Auch dieser Klage gegenüber muß der Beklagte entweder *noxiam sarcire* oder das Tier *in noxam dedere*. Letzteres geschieht, je nachdem das Tier *res mancipi* ist oder nicht, durch Manzipation oder bloße Tradition. Berechtigt zur Klage ist jeder *cuius interest*, also nicht bloß der Eigentümer der beschädigten Sache, sondern z. B. auch der Kommo-

datar. Hat ein anderes Tier als eine *quadrupes* Schaden angerichtet, so wird eine *utilis actio* gegeben.*)

Endlich noch folgendes:

1. Hat ein Tier nicht *contra naturam*, sondern von Jemandem gereizt, Schaden angerichtet, so findet keine *actio de pauperie*, sondern eine den Aquilischen Klagen nachgebildete Klage gegen den Schuldtragenden statt.

2. Hält Jemand ein gefährliches Tier *(canem, verrem, aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem)* dort, *ubi vulgo iter fit*, so gibt, das Edikt der Aedilen *(de feris)* gegen ihn, wenn durch das Tier ein Freier getötet worden ist, eine Klage auf 200.000 Sesterzen (200 *solidi Dig.)*, wenn ein Freier bloß verletzt worden ist, auf eine arbiträre Geldstrafe, wenn endlich ein anderer Schade angerichtet worden ist, auf das *duplum* desselben, ohne daß jedoch dadurch die *actio de pauperie*, wenn sonst ihre Voraussetzungen vorliegen, ausgeschlossen würde.

Betreffs der Hauskinder kam die Noxalklage später außer Übung. Aus dem Delikt derselben kann nach Justinianischem Recht nur die gewöhnliche Deliktsklage gegen sie angestellt werden, welche ja auch schon nach klassischem Recht gegen Hauskinder — im Unterschied von den Sklaven — neben der Noxalklage zulässig war.

Übertragung und Aufhebung der Forderungsrechte.

§ 102.

Die Übertragung der Forderungsrechte.

Gai. II, 38, 39; IV, 82—87; *l. ult.* C. *qdo. fisc.* VIII, 41.

Die *mancipatio, in iure cessio* und *traditio* waren auf Forderungen nicht anwendbar.

Wollte jemand seine Forderung „übertragen", so bediente er sich nach *ius civile* der sog. *delegatio nominis* (Aktivdelegation). Der Gläubiger Titius (Delegant) wies nämlich seinen Schuldner Seius (Delegaten) an, das, was er ihm schuldig ist, dem Gaius (Delegatar), dem er die Forderung zuwenden wollte, zu versprechen *(promittere)*. Daraufhin schloß der Delegatar Gaius mit dem Delegaten Seius eine Stipulation des Inhalts: *quod Titio debes id tu mihi dare spondes? spondeo.* Durch diese wurde der Delegat Seius als Promissor Schuldner, der Delegatar Gaius als Stipulator Gläubiger, während das Forderungsrecht des Deleganten Titius durch Novation (§ 103) erlosch. Nach Maßgabe der Stipulation hatte Gaius jetzt von Seius dasselbe zu fordern, was dieser früher dem Titius schuldete. Die Stellung des Schuldners Seius war dadurch nicht verschlechtert, denn

*) Eine Abart der *actio de pauperie* ist die *actio de pastu* gegen den Eigentümer von Vieh, das auf fremdem Grund weidet, ohne daß Jemand daran Schuld trägt.

alle etwaigen Einwendungen, welche sein *debere* dem Titius gegenüber beeinflußten, konnte er nach dem Inhalt obiger Stipulation auch dem Delegatar Gaius gegenüber geltend machen, da er ja kraft dieser Stipulation dem Gaius nur das schuldet, was er im Augenblicke ihres Abschlusses *Titio (deleganti) debebat.* Insoferne hat daher diese Stipulation ökonomisch zweifellos einen Sukzessionseffekt, allein dabei muß sofort hervorgehoben werden, daß der Delegatar juristisch doch nicht das alte Forderungsrecht des Deleganten Titius, sondern ein neues, durch die Stipulation mit dem Delegaten Seius geschaffenes Forderungsrecht hat, das nur im Schuldobjekt mit dem Forderungsrecht des Deleganten übereinstimmt. Denn in Ausführung obiger *delegatio nominis* hat sich der Delegat Seius dem Delegatar Gaius neu verpflichtet. Hätte er das nicht getan, so wäre obiger Sukzessionseffekt überhaupt gar nicht eingetreten, weil dann ja der Delegatar gegen den Delegaten gar kein Forderungsrecht erhalten hätte. Folgeweise hängt der Sukzessionseffekt ganz und gar vom guten Willen des Schuldners Seius ab, der sich, wenn er nicht will, auf die Delegation gar nicht einzulassen braucht. Dazu kommt noch die Schwierigkeit, daß die Stipulation zwischen Delegatar und Delegaten die gleichzeitige persönliche Anwesenheit beider an demselben Orte voraussetzt, endlich noch der Übelstand, daß die für die alte Forderung des Deleganten bestellten Akzessionen (Pfandrechte, Bürgschaften usw.) mit dieser erlöschen und auf die neue Forderung des Delegatars nicht übergehen.

Alles das zusammengenommen ließ die *delegatio nominis* als Übertragungssurrogat nicht immer anwendbar erscheinen. Das was man brauchte, war ganz besonders ein solcher Übertragungsmodus, welcher ohne Mitwirkung des Schuldners durch bloßes Geschäft zwischen dem Gläubiger und dem Dritten, ähnlich der Eigentumsübertragung, die Forderungsübertragung oder doch wenigstens einen Übertragungseffekt bewirkte. Ein solcher bot sich erst dar, als nach Einführung des Formularprozesses die Prozeßführung durch Stellvertreter: *cognitores* und *procuratores*, allgemein zulässig geworden war. Bestellte nämlich der Gläubiger einen solchen Vertreter (wozu er die Zustimmung des Schuldners nicht brauchte), so machte dieser dann als Bevollmächtigter des Gläubigers im Namen desselben dessen Forderungsrecht geltend, mußte aber das, was er dadurch erhielt (Zahlung) dem Gläubiger, als seinem Mandanten, herausgeben, der diesbezüglich die *actio mandati directa* gegen ihn hatte. Dieses Institut der prozessualen Stellvertretung benutzte man nun für den Zweck der Forderungsübertragung in der Art, daß man den Dritten, dem man die Forderung übertragen wollte, formell zum *cognitor* oder *procurator* machte, jedoch mit der Klausel, daß er den einzutreibenden Forderungsbetrag für sich behalten solle. Dies ist der *cognitor* oder *procurator in rem suam.* Seine Bestellung setzte keine Mitwirkung des Schuldners voraus, die des *procurator* war sogar ganz formlos, konnte auch zwischen

Abwesenden erfolgen und war daher ganz besonders verwendbar, weshalb wir in dem folgenden nur mehr sie vor Augen haben werden. War nun Jemand so zum *procurator in rem suam* gemacht, so stellte er jetzt die seinem *dominus*, d. i. dem Gläubiger zustehende Klage als ihm mandierte *actio* an, klagte somit nicht *suo*, sondern bloß *procuratorio nomine* aus dem Forderungsrechte des Gläubigers. Grundlage seiner Legitimation zur Klage war dem Prätor und dem Schuldner gegenüber nur das ihm vom Gläubiger erteilte *mandatum agendi*. Daraufhin trat er namens des Gläubigers mit der diesem zustehenden Klage auf. Dabei muß aber sofort hervorgehoben werden, daß das *mandatum agendi* zwischen dem Gläubiger und dem *procurator in rem suam* keine Mandatsobligationen *(actio mandati directa* und *contraria)* begründete, weder sollte der *procurator* verpflichtet sein, die Klage anzustellen, noch sollte anderseits der Gläubiger gehalten sein, ihm die Prozeßkosten zu ersetzen. Das *mandatum agendi* sollte den *procurator in rem suam* nur berechtigen, die Klage des Gläubigers namens desselben im eigenen Interesse anzustellen. Es sollte mit anderen Worten nur Basis für seine Klagelegitimation sein. Da aber diese eben auf dem *mandatum* beruhte, so richtete sich auch ihre Dauer nur nach Mandatsrecht. Widerrief daher der Gläubiger das Mandat, starb der eine oder der andere, so wurde mit dem Mandat auch die Legitimation des *procurator* hinfällig, denn jetzt war er nicht mehr *procurator* und konnte daher auch nicht mehr als solcher den Schuldner seines *dominus* klagen. Das *mandatum agendi* blieb somit hinter dem Übertragungszweck zurück; der *prucurator in rem suam* hatte keine dem Übertragungszweck entsprechende feste, sondern nur eine prekäre Stellung, fest wurde selbe erst dadurch, daß er noch vor Erlöschung des Mandats die Klage gegen den Schuldner wirklich anstellte und die Litiskontestation vornahm, denn dadurch entstand zwischen ihm und dem Schuldner die Prozeßobligation, er wurde sog. *dominus litis;* von jetzt an war seine Stellung von Tod und Widerruf unabhängig. Die Formel, die auf seine Klage erteilt wurde, lautete wie bei jedem gewöhnlichen *procurator* folgendermaßen:

Sie paret N^m N^m A^0 A^0 centum dare oportere, iudex N^m N^m Sempronio in centum condemna s. n. p. a.

Danach sollte der Richter untersuchen, ob der Schuldner N^s N^s dem Gläubiger A^s A^s 100 schuldig sei und wenn sich das ergäbe, sollte er den Schuldner zur Zahlung, nicht etwa an den Gläubiger A^s A^s, sondern an Sempronius, d. i. an den *procurator*, verurteilen. War dieser wie hier *procurator in rem suam*, so behielt er dann die Zahlung für sich. Aus dieser Formel ist evident, daß Sempronius kein eigenes Forderungsrecht hat, sondern nur das Forderungsrecht des Gläubigers A^s A^s geltend macht.

Alles dies wurde anders, als später, von Antoninus Pius an, auf Grund kaiserlicher Konstitutionen sukzessive dem Forderungserwerber, ohne *mandatum agendi*, auf Grund des bloßen materiellen Erwerbsgeschäftes eine

utilis actio gewährt wurde, mit welcher er *suo nomine* und nicht mehr *nomine* des Gläubigers klagte. Hat Jemand z. B. eine Forderung gekauft, so brauchte er jetzt nicht mehr ein besonderes *mandatum agendi*, welches ihn in Vollzug des Kaufes zum *procurator in rem suam* machte (wie das früher notwendig war), sondern konnte schon ohne besonderen Vollzugsakt, bloß auf den Forderungskauf gestützt, die *actio utilis* gegen den Schuldner anstellen. Wie die Formel dieser Klage aussah, wissen wir nicht; meines Erachtens ist das Wahrscheinlichste doch noch immer das, daß in derselben die Kondemnation des Beklagten von zwei Momenten abhängig gemacht war, nämlich von dem Bestand des Forderungsrechtes des Gläubigers zur Zeit der Übertragung und des Übertragungsgeschäftes, sodaß letzteres nicht bloß als prozessuale Legitimation des Klägers, sondern als materielle Voraussetzung seines Klagerechtes *(actio utilis)* erschien, die Verhandlung darüber daher auch ins Judizium und nicht schon vor den Prätor gehörte. Doch sei dem wie ihm wolle, soviel steht fest, daß der Forderungserwerber jetzt nicht mehr *alieno nomine* klagen mußte, sondern auch schon *suo nomine* klagen konnte. Tat er letzteres mit der *utilis actio*, so verlangte er kraft eigenen Rechtes jetzt vom Schuldner das, was dieser infolge der alten zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden *causa* (z. B. des Darlehens) letzterem zu leisten hatte. Folgeweise bestimmt sich der Inhalt der *actio utilis* immer nach dem übertragenen Forderungsrecht; die Klage ist mit anderen Worten materiell je nach der Beschaffenheit dieses Forderungsrechtes z. B. eine *condictio mutui utilis, actio empti utilis, pro socio utilis.* Sie ist weder eine Klage *nomine* des alten Gläubigers, wie im Falle des *mandatum agendi*, noch eine Klage aus einer neuen Verpflichtung des Schuldners dem Forderungserweber gegenüber, wie im Falle der *delegatio nominis*, sondern die selbständige Geltendmachung der alten Forderung nach Maßgabe der zwischen dem Schuldner und Gläubiger spielenden *causa*, kraft eigenen im Übertragungsgeschäft wurzelnden Rechtes *(suo nomine)*. Dadurch ist das Forderungsrecht jetzt wirklich Bestandteil des Vermögens des Forderungserwerbers geworden, denn nicht mehr der alte Gläubiger, sondern der Forderungserwerber ist jetzt dem Schuldner gegenüber forderungsberechtigt; allerdings nicht direkt vermöge einer zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden *causa obligandi*, wohl aber indirekt, indem er z. B. als Käufer der Forderung das aus der *causa* zwischen Gläubiger und Schuldner sich Ergebende *suo nomine* fordern kann. Ohne Mitwirkung des Schuldners und ohne weiteren Einfluß des Gläubigers auf sein Klagerecht hat der Forderungserwerber jetzt die Geltendmachung des alten Forderungsrechtes; dadurch ist dieses praktisch Bestandteil seines Vermögens geworden. Das obige Problem der Forderungsübertragung ohne Mitwirkung des Schuldners ist, soweit das überhaupt geschehen kann, hiemit gelöst. Das bloße Übertragungsgeschäft zwischen Gläubiger und Erwerber verschafft diesem schon die *actio utilis.*

Ein besonderes *mandatum agendi* kann daneben noch immer vorkommen (dann kann der Erwerber, wenn er will, auch *procuratorio nomine* klagen), ist aber nicht mehr notwendig und kommt allmählich ganz ab.

Diese Forderungsübertragung mit der Wirkung der *actio utilis*, welche erst unter Justinian ihren vollen Abschluß gefunden hat, ist die Zession. Der Gläubiger, welcher seine Forderung überträgt, heißt Zedent, der Erwerber Zessionar; der Schuldner endlich (der am Zessionsgeschäft nicht teilnimmt) heißt *debitor cessus*. Da der Zessionar kein neues Forderungsrecht hat, sondern nur das in der Person des Zedenten entstandene geltend macht, so kann ihm der *debitor cessus* alle Einwendungen entgegensetzen, die er bezüglich dieser Forderung dem Zedenten hätte entgegensetzen können. Aus demselben Grunde hat der Zessionar aber auch die Akzessionen (Pfandrechte, Bürgschaft und Zinsenforderungen), welche mit der ihm zedierten Forderung verknüpft sind. Solange der *debitor cessus* von der Zession noch keine Kenntnis hat, ist er entschuldigt, wenn er noch dem Zedenten zahlt. Solche Zahlung kann er dann mit Rechtswirksamkeit dem Zessionar einwenden, dieser mag sich dann mit seiner Klage aus dem Zessionsgeschäft an den Zedenten halten. Diese Entschuldigung fällt aber weg, sobald der *debitor cessus* von der Zession Kenntnis erlangt hat. Dies wird gewöhnlich durch *denuntiatio* seitens des Zedenten oder Zessionars vermittelt werden. Zahlt er jetzt doch noch dem Zedenten, so muß er dem Zessionar noch einmal zahlen.

Eine positive Beschränkung der Zession enthält die sog. *lex Anastasiana* (506 n. Chr.). Hat nämlich jemand eine Forderung gekauft, so kann er vom *debitor cessus* nur so viel fordern, als er selbst dem Zedenten als Kaufpreis gezahlt hat. Betreffs des Restes wird der *debitor cessus* frei. Auf andere Zessionsgeschäfte, z. B. schenkungsweise Zession, Zession *dotis*, *solutionis causa* usw. hat diese Bestimmung keine Anwendung.

§ 103.

Aufhebung der Forderungsrechte

Gai. III, 168—181; IV, 61—68; J. *qb. mod.* III, 28; § 30. J. *d. act.* IV, 6; § 6. J. *d. leg.* II, 20; l. 17. D. *d. O. et. A.* XLIV, 7.

Der Gegensatz zwischen *ius civile* und prätorischem Edikt tritt uns auch bei den die Obligationen aufhebenden Tatsachen entgegen, insoferne manche das Schuldverhältnis *ipso iure*, andere bloß *ope exceptionis* aufheben. Erstere Aufhebung ist die des *ius civile*, letztere die des prätorischen Edikts, wobei nur zu bemerken ist, daß später auch zivile Rechtsquellen sich bloß dieser prätorischen Aufhebungsart bedienen, wie dies bei der Kompensation auf Grund des *rescriptum D. Marci* der Fall ist. — Parallelen: *exceptio S. C. Macedoniani, Vellaeani.* — Aufhebungstatsachen, welche *ipso iure* wirken, vernichten *iure civili* das Dasein der Obligation,

nach ihrem Eintritt besteht das *dare* oder *dare facere oportere* nicht mehr. Dagegen lassen die *ope exceptionis* wirkenden Tatsachen die zivile Obligation: das *dare* oder *dare facere oportere*, fortbestehen, indem sie nur dessen klageweise Geltendmachung durch das jurisdiktionelle Mittel der *exceptio* hemmen. Wird daher diese später irgendwie entkräftet, so äußert die noch immer fortbestehende Obligation von selbst wieder volle Wirkung. Dagegen kann das einmal *ipso iure* behobene *dare* oder *dare facere oportere* nicht mehr aufleben, vielmehr müßte ein neues *dare* oder *dare facere oportere* begründet werden. Materiell sind die Aufhebungstatsachen (sie mögen *ipso iure* oder *ope exceptionis* wirken) entweder solche, welche eine Befriedigung des Gläubigers involvieren und eben deswegen aufhebend wirken (wie die *solutio, datio in solutum, depositio, confusio, compensatio*), oder solche, bei denen dies nicht der Fall ist, bei denen die Aufhebungskraft somit andere Gründe hat.

I. *Ipso iure* wirken folgende Tatsachen:

A. Die Erfüllung, bei Geldschulden auch Zahlung genannt; sie ist die Leistung dessen, was geschuldet wird. Sie ist die natürliche Aufhebungsart der Obligation (§ 74), weshalb sie als *solutio (obligationis)* bezeichnet wird. Für die *solutio* gilt folgendes:

1. Es muß das, was geschuldet wird und so, wie es geschuldet wird, geleistet werden. Wird statt des Schuldobjektes etwas anderes geleistet, so ist dies keine *solutio*, sondern *datio in solutum*, welche die Obligation nur dann behebt (nach Ansicht der Prokulianer bloß *ope exceptionis*, nach der Ansicht der Sabinianer dagegen, welche später die allgemeine wurde, *ipso iure*), wenn der Gläubiger mit ihr einverstanden ist.

2. Die Leistung muß zur gehörigen Zeit (Erfüllungszeit) und an dem gehörigen Orte (Erfüllungsort*) erfolgen. Zeit und Ort können z. B. vertragsmäßig festgesetzt sein, sich aber auch aus den Umständen ergeben. So ist z. B. ein Grundstück dort zu übergeben, wo es liegt; die ökonomische Bestellung desselben zu der Zeit vorzunehmen, welche sich nach Maßgabe der Fruchtperioden ergibt usw.

3. Die Erfüllung kann nicht bloß vom Schuldner, sondern auch von einem dritten, selbst *invito debitore, contemplatione* desselben, erfolgen. Nur dann, wenn die Qualität der Leistung von der Person des Leistenden

*) Durch *actiones incertae* (§ 76) erzielte der Gläubiger nicht nur bei dem Gerichte des Erfüllungsortes, sondern überhaupt bei jedem für die betreffende Klage kompetentem Gericht Verurteilung des Beklagten, weil diese Klagen dem Richter die Möglichkeit gewährten, bei Bemessung der Urteilssumme das Ortsinteresse beider Parteien zu berücksichtigen. Dagegen bei *actiones certae* (§ 76) war dies ausgeschlossen; deshalb konnte die *actio certa* mit Erfolg nur bei dem Gerichte des Erfüllungsortes durchgeführt werden. Diesem Mangel half erst der Prätor dadurch ab, daß er dem Gläubiger statt der *iure civili* begründeten *actio certa* eine andere Klage, nämlich die *actio de eo quod certo loco* (D. 13. 4) gewährte, durch deren Formel der Richter angewiesen wurde, auch in einem solchen Falle das beiderseitige Ortsinteresse in Rechnung zu ziehen.

abhängt, kann der Gläubiger auf persönlicher Leistung des Schuldners bestehen (wie z. B. bei der *locatio conductio operarum* und *operis*).

4. Die Leistung muß an den Gläubiger oder an den zum Zahlungsempfang ermächtigten Vertreter desselben, *procurator, tutor* usw. geschehen. Doch kann auch gleich bei Begründung der Obligation im Kontrakt ein *solutionis causa adiectus* bestellt sein. Bei Stipulationen geschah dies in der Form: *mihi aut Titio dare sp.? sp.* Als *solutionis causa adiectus* war Titius nicht Gläubiger (wie der *adstipulator*), sondern nur Zahlungsempfänger. Zahlung an ihn liberierte den Schuldner auch dem Gläubiger gegenüber, der von ihm Herausgabe des Empfangenen mittelst *actio mandati directa* beanspruchen konnte. Das Recht, dem *adiectus* zu zahlen, konnte dem Schuldner auch durch Verbot des Gläubigers nicht genommen werden. Die Stellung des *adiectus* war nicht vererblich. Auch Leistung an einen Dritten, der weder Vertreter des Gläubigers noch *adiectus* ist, ist rechtsgiltig, wenn sie mit Willen *(iussus* oder *ratihabitio)* des Gläubigers geschieht. Zahlung an den Gläubiger-Pupillen ohne *auctoritas tutoris* liberiert nur so weit, als der Pupill daraus bereichert ist.

Nimmt der Gläubiger die obligationsmäßig beschaffene und angebotene Leistung nicht an, so tritt *mora creditoris* ein (§ 77). Auf Grund derselben kann sich der Schuldner durch *depositio* des Schuldobjektes *in publico*, z. B. in einem Tempel oder an einem vom Gericht bestimmten Orte liberieren. Daraufhin hat der Gläubiger nur mehr eine *actio depositi utilis* gegen den Depositar. Nimmt der Schuldner vor der Anstellung dieser Klage das Deponierte zurück, so haftet er wieder mit der alten Schuldklage. — Außerdem kann sich der Schuldner bei vorliegender *mora creditoris* auch dadurch befreien, daß er den Schuldgegenstand preisgibt, derelinquiert, z. B. den Wein ausschüttet. Doch setzt dies vorangegangene Androhung *(denuntiatio)* an den Gläubiger voraus.

B. Mit der *solutio* im engsten Zusammenhange stehen die Fälle der sog. *imaginaria solutio.* Nach altem *ius civile* wurde nämlich die Schuld nicht schon durch die Zahlung selbst, sondern nur durch rechtsförmliche Zahlung aufgehoben. Die materielle Leistung des Geschuldeten genügte zur Aufhebung noch nicht, sondern es mußte diese Leistung auch noch in einer bestimmten Form auftreten, durch welche die Lösung der Obligation solenn konstatiert wurde. Die Pontifikaljurisprudenz hat diese Formalakte, als Gegenstück des Begründungsaktes der betreffenden Obligation gebildet, sodaß z. B. die Obligation, welche *verbis* geschaffen wurde, auch wieder *verbis* gelöst werden mußte. Erst durch diesen Formalakt erhielt der ganze Solutionsakt seinen Abschluß. Als dann später, u. zw. wohl bereits im sechsten Jahrhundert d. St., schon der materiellen Erfüllung allein die Kraft beigelegt wurde, die Obligation aufzuheben, erlangte das, was früher nur Form und Abschluß des materiellen Solutionsaktes war, den Charakter bloßer *imaginaria solutio.* Ohne Zahlung zu enthalten ward

es als bloßes Abbild des wirklichen Solutionsaktes zur selbständigen Aufhebungsart der Obligation, welche jetzt lediglich kraft des in ihr ausgeprägten Aufhebungswillens das *dare* oder *dare facere oportere* behob. Dies ist der Ursprung der solennen Erlaßverträge: der *nexi liberatio* und der *acceptilatio*, welche der verschiedensten juristischen Zwecke wegen, z. B. *donandi, transactionis, dotis causa* usw. abgeschlossen werden konnten.

1. Bei der *liberatio per aes et libram* tritt der ursprüngliche Zusammenhang mit der realen Zahlung unverkennbar hervor. Zu der Zeit, wo es noch kein geprägtes Geld gab, zahlt der Schuldner, so wie er das Darlehen *per aes et libram* erhält (§ 81), auch wieder *per aes et libram* (vor fünf Zeugen und dem *libripens*) dasselbe zurück, indem er zugleich durch solenne *nuncupatio* den Zweck des Vorgangs: Liberation von der Schuld, ausspricht. Als dann geprägtes Geld aufkam, war die Entwicklung dieselbe wie bei der *mancipatio*. Die wirkliche Zahlung lag jetzt außerhalb des *per aes et libram*-Aktes, dieser wurde nur behufs Herbeiführung der Liberation, die von altersher an ihn geknüpft war, vorgenommen. Als endlich die formlose Zahlung selbst liberatorische Kraft erhielt, war dort, wo wirklich gezahlt wurde, der *per aes et libram*-Akt gar nicht mehr notwendig und wurde jetzt nur mehr in solchen Fällen angewendet, wo Liberation ohne Zahlung erzielt werden wollte. Als solche bloß imaginäre *solutio* war er aber nur zulässig behufs Tilgung gewisser streng einseitiger Obligationen, nämlich der *nexi obligatio* (§ 81), dann der Judikats- (§§ 158, 159 *B.*) und endlich der auf einem Damnationslegat (§ 149) beruhenden Schuld. Bloß die Nunkupationsformel für den Fall der Judikatsobligation ist bei Gaius angegeben.

2. Auch die *acceptilatio* war ursprünglich nur der Schlußakt der realen Zahlung. Der *promissor*, welcher zahlt, läßt sich in solenner Weise den Empfang des Gezahlten vom *stipulator* bestätigen. Entsprechend dem Gedanken des *contrarius actus*, der von den *pontifices* auch anderweitig verwendet worden ist (*confarreatio—diffarreatio* § 107 u. a.), wurde diese Bestätigung des Empfanges der Verbalschuld wieder in *verba* gekleidet, die sich als Gegenstück des betreffenden Verbalkontraktes darstellten. Dem Stichwort und Inhalt der Stipulation kongruent, fragte der *promissor: quod ego tibi promisi* (*spopondi* usw., je nach Fassung der betreffenden Stipulation) *habesne acceptum?* worauf der Stipulator antwortete: *habeo*. Erst durch diese solenne Verbalquittung auf Grund realer Zahlung war ursprünglich der Solutionsakt abgeschlossen. Weiter war dann die Entwicklung wie oben; im Falle realer Zahlung fiel später die Notwendigkeit der Verbalquittung weg, selbe wurde zum selbständigen formellen Erlaßvertrag. Insofern wird auch die *acceptilatio* von Gaius als *imaginaria solutio* bezeichnet, welche nur bei *verborum obligationes*, die durch Stipulation begründet waren, zulässig war (Anwendbarkeit auf *dotis dictio* und *iurata promissio* ist nicht bezeugt). Sollten Obligationen, die auf anderen

Entstehungsgründen, z. B. Realkontrakten, Delikten usw. beruhten, durch *acceptilatio* getilgt werden, so war dies nicht ohne weiteres möglich, sie mußten zu diesem Behufe erst durch Stipulation in eine *verborum obligatio* umgewandelt (noviert) werden. Als solche wurden sie dann durch *acceptilatio* getilgt. Behufs Erleichterung dieser Umwandlung (Novation) hat der Jurist C. Aquilius Gallus ein für alle denkbaren Fälle berechnetes Stipulationsformular entworfen, das nach ihm als *stipulatio Aquiliana* bezeichnet wird.

Daß es neben dieser *acceptilatio verbis* auch noch eine eigentliche für sich allein wirkende litterale *acceptilatio* gegeben habe, ist nicht nachweisbar (§ 84).*) Das Justinianische Recht kennt nur die *acceptilatio verbis.*

Im Anschluß an die Bedeutung des *contrarius actus* für das *nexum* und den Verbalkontrakt hat die Jurisprudenz die Anwendung des *contrarius actus* auch auf die Konsensualkontrakte ausgedehnt. Kontrakte nämlich, welche schon *consensu* zustande kommen, können auch *contrario consensu* oder *mutuo dissensu* der Kontrahenten *ipso iure* wieder rückgängig gemacht werden, aber nur so lange, als noch *res integra* vorhanden ist, d. h. solange noch von keiner Seite etwas geleistes ist.

C. Ipso iure wird die Obligation auch aufgehoben durch Novation. Diese wird definiert als *prioris debiti in aliam obligationem transfusio.* Sie ist die Umwandlung einer Obligation in eine andere, welche dadurch herbeigeführt wird, daß das, was bereits aus einer bestimmten *causa obligandi* geschuldet wird, zum Gegenstand einer Stipulation gemacht wird, damit diese an die Stelle des alten Schuldgrundes trete. Es wird zufolge der Novation dasselbe geschuldet wie früher, aber nicht mehr vermöge des alten Schuldgrundes, sondern vermöge der neuen Stipulation, die das *quod debetur* zu ihrem Gegenstande hat. Die Umwandlung erfolgt somit in der Art, daß der Stoff der alten Obligation zu einer neuen verarbeitet wird, mit anderen Worten die alte Obligation wird durch die gegenständlich identische neue ersetzt. Zwei Effekte sind es somit, welche die eine Novationsstipulation charakterisieren: die Begründung einer formell neuen Schuld, der *verborum obligatio* und die Aufhebung der alten Schuld. Letzterer Effekt ist nur Folge des ersteren. Wo beide Effekte auf verschiedenen Akten beruhen (z. B. Erlaßvertrag mit nachfolgender Begründung einer Schuld), liegt keine Novation mehr vor.

*) Das *acceptum ferre* in den *codices accepti et expensi* war zunächst Buchung wirklichen Geldempfanges und diente in dieser Anwendung nur Beweiszwecken. Liberation bewirkte nicht dieses *acceptum ferre*, sondern die ihm zugrunde liegende reale Zahlung. — Außerdem gab es, was wenigstens nicht unwahrscheinlich ist, wohl noch ein anderes, fiktives *acceptum ferre litteris*, das aber nur einen Bestandteil der *transscriptio* (§ 84) bildete, daher nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit der darauffolgenden *expensilatio*, durch welche die *transscriptio* erst vollendet und abgeschlossen wurde (siehe unten S. 220), wirken konnte.

Jede Novation setzt den Bestand einer (zu novierenden) Obligation voraus; diese kann welcher Art immer, eine Kontrakts-, Delikts-, klagbare oder klaglose Obligation sein. Das, was vermöge dieser Obligation geschuldet wird, es mag welcher Gegenstand immer sein, wird durch die Novationsstipulation versprochen. Formell lautet sie meist unbestimmt auf das *quod debetur*, oder *quod ex vendito* usw., *dare facere oportet*, oder auch bestimmt auf die geschuldete *certa res*. Auch das war endlich noch zulässig, daß statt der *res* selbst das *quanti res est* stipuliert wurde. Die Novation kann zwischen denselben Personen, zwischen denen die alte Obligation besteht, geschlossen werden, oder auch mit einem Personenwechsel verbunden sein.

1. Zwischen denselben Personen wird sie so geschlossen, daß sich Titius von seinem Schuldner Seius das stipuliert, was dieser ihm z. B. *pro fure damnum decidere oportet*. Dadurch wird die bisherige Deliktsschuld *(actio furti)* in eine kontraktliche *verborum obligatio* verwandelt, welche gegenständlich das zum Inhalt hat, was Seius zur Zeit der Stipulation dem Titius *ex furto* zu leisten hatte. Dies wird jetzt nicht mehr *ex delicto*, sondern *ex contractu* geschuldet, die Obligation wird jetzt trotz der Identität des Gegenstandes wegen des neuen Schuldgrundes nicht mehr nach den Grundsätzen der Deliktsobligationen, sondern nach den der Kontraktsobligationen behandelt. Das Neue liegt hier lediglich im Schuldgrund, früher Delikt, jetzt *verba*. Wird eine Stipulationsschuld zwischen denselben Personen durch Stipulation noviert, so muß unbeschadet der Identität des Gegenstandes die neue Stipulation sonst *aliquid novi* enthalten, z. B. einen *dies* — weil sonst das Ganze zwecklos wäre.

2. Ist die Novation mit einem Personenwechsel verbunden, so reicht schon dieser Umstand für das *aliquid novi* vollkommen aus, wenn auch sonst alles gleich bleiben sollte.

a) Von dem Wechsel des Gläubigers durch Novation war bereits früher bei der *delegatio nominis* die Rede (§ 102). Selbstverständlich kann ein solcher nie ohne Zustimmung des alten Gläubigers erfolgen.

b) Der Wechsel des Schuldners erfolgt dadurch, daß sich der Gläubiger *novandi causa* das vom Seius versprechen läßt, was ihm bis jetzt Titius schuldete. Diese Stipulation ist die *expromissio (quod Titius mihi debet, id tu mihi dare sp.? sp.)*. Zustimmung des Schuldners Titius, der dadurch liberiert werden soll, ist nicht notwendig. Meist wird aber solche *expromissio* erst auf Grund eines *iussus* des Schuldners vorkommen. Dies ist die *delegatio debiti*, welche darin besteht, daß der Schuldner Titius den Gaius (der meist sein Schuldner sein wird) anweist, dem Gläubiger das zu versprechen, was er (Titius) diesem schuldig ist. Dadurch, daß daraufhin dann der Gläubiger des Titius, d. i. der Delegatar, mit dem Delegaten Gaius die Stipulation schließt, wird die Novation vollendet. Schuldner ist jetzt nur Gaius, nicht mehr Titius, ersterer schuldet aus der neuen *expromissio*,

nicht aus dem alten zwischen Gläubiger und Titius bestandenen Schuldgrund. Der Delegant Titius ist frei.

Soll die Stipulation eine Novation bewirken, so muß sie *novandi causa* oder *novandi animo* geschlossen sein. Im klassischen Recht gab es dafür verschiedene Präsumtionen. Justinian hat diese beseitigt und bestimmt, daß der *animus novandi* in dem Vorgang selbst hervortreten müsse, widrigens bewirkt die Stipulation nicht Novation, sondern Kumulation, die neue Obligation tritt an die Seite, nicht an die Stelle der alten.

Außer durch Stipulation konnte im klassischen Recht die Novation noch durch *dictio dotis (delegatio nominis)* erfolgen (§ 110). Ob auch durch Litteralkontrakt (*transscriptio* § 84) muß dahin gestellt bleiben.*) Das Justinianische Recht kennt als Novationsmittel nur mehr die Stipulation.

D. Zivile Aufhebung wird weiter außer durch die im § 33 erwähnte *capitis deminutio* noch herbeigeführt:

1. Durch nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung, sofern diese der Schuldner nicht zu vertreten hat (§ 77). Hiemit steht im Zusammenhang die Erlöschung der Obligation durch sog. *concursus duarum causarum lucrativarum: Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex sausa lucrativa ad creditores pervenisset.* Hat z. B. *B* dem *A* schenkungsweise eine Sache versprochen, so wird er frei, sobald dieselbe Sache *(eadem species)* durch Schenkung oder Legat seitens des *C* in das Eigentum des *A* gebracht worden ist.

---

*) Jedenfalls bewirkte die *transscriptio* eine Schuldumwandlung (§ 84), allein nicht jede Schuldumwandlung ist schon Novation (S. 218 *C.*). War die Form der *tansscriptio* wirklich so geregelt, daß, wie es nicht unwahrscheinlich ist, dem *expensum ferre* ein *acceptum ferre* vorausging, so kann die Wirkung der *transscriptio* schwerlich als Novation bezeichnet werden. Denn dann war der Vorgang doch wohl so gedacht, daß die alte Schuld als durch das *acceptum ferre* getilgt, die neue als durch das unmittelbar daran anschließende *expensum ferre*, also durch eine Art fiktives Darlehen begründet gilt. Dann beruht die Doppelwirkung der *transscriptio* (Schuldaufhebung und Schuldbegründung) auf zwei Akten, nicht wie die der Novation auf einem Akt; die Aufhebung erscheint dann als Vorläufer der Begründung, nicht wie bei der Novation als Folge derselben; dann kann endlich auch das Leistungsobjekt der alten Schuld, da diese als durch das *acceptum ferre* getilgt gedacht ist, nicht als in die neue herübergenommen erscheinen. Auch bei dieser Auffassung, welche die *transscriptio* in zwei Teilakte zerlegt, ist keiner derselben für sich allein rechtswirksam, also schon ein Rechtsgeschäft; nur beide zusammen bilden das Rechtsgeschäft: *transscriptio;* dieses ist daher erst mit Vornahme des zweiten Teilaktes, dem *expensum ferre*, vollendet; erst hiemit tritt die Rechtswirkung: Schuldumwandlung ein; aber der ganze tatsächliche Aufbau dieses Rechtsgeschäftes läßt doch wohl nur die Deutung zu, daß man sich die mit Vollendung des zweiten Teilaktes eintretende Doppelwirkung so vorgestellt hat, als wenn die Begründung der Buchschuld zeitlich erst auf die Aufhebung der alten Schuld folgen würde. Gerade dann haben wir aber bei der *transscriptio* nicht, wie es die Novation verlangt, Aufhebung der alten Schuld durch Begründung der neuen, sondern nur Aufhebung mit einer ihr nachfolgenden Begründung.

Denn da *A* jetzt bereits Eigentümer der Sache ist, so kann er jetzt rechtlich nicht nochmals Eigentümer derselben Sache werden *(res mea mihi dari non potest* § 75). Folgeweise stirbt die durch obiges Schenkungsversprechen erzeugte, auf das *dare,* d. i. auf Eigentumsübertragung (§ 75) dieser selben Sache gerichtete, Verpflichtung des *B* durch nachfolgende (rechtliche) Unmöglichkeit ab, ohne daß *B* gehalten wäre, dem *A* eine Vergütung usw. zu leisten, da weder ihn *(B)* eine *culpa* trifft, noch der Erwerb der Sache dem *A* etwas gekostet hat.

2. Durch *confusio,* d. i. durch Vereinigung der Gläubiger- und Schuldner-Eigenschaft in einer Person. Dies geschieht dadurch, daß Gläubiger den Schuldner oder dieser den Gläubiger beerbt. Je nachdem diese Beerbung *ex asse* oder bloß *pro parte* erfolgt, erlischt die Obligation ganz oder nur bis zum Betrag der Erbquote. Beerbung eines *correus promittendi* oder *stipulandi* durch den Gläubiger beziehungsweise Schuldner oder umgekehrt behebt nur die betreffende Zweigobligation, die übrigen bleiben bestehen.

3. Durch Litiskontestation. Dadurch entsteht die Prozeßobligation zwischen Kläger und Beklagtem; das bisherige *dare oportere* wird zum *condemnari oportere,* sodaß jede Wiederholung der Klage ausgeschlossen ist, da das *dare oportere* nicht mehr besteht. Das Ganze ist novationsähnlich und wird als *novatio necessaria* bezeichnet, unterscheidet sich aber von der wirklichen Novation dadurch, daß die Akzessionen der Forderung (Pfandrechte, Bürgschaften) dort erlöschen, hier dagegen fortbestehen. Doch kann die Litiskontestation auch bloß *ope exceptionis* wirken, wovon später die Rede sein wird (§ 164).

II. *Ope exceptionis* wirken folgende Aufhebungsgründe.

A. Das *pactum de non petendo,* d. i. der formlose Vertrag, durch den der Gläubiger dem Schuldner zusichert, ihn nicht klagen zu wollen. Dieses *pactum* ist allgemein anwendbar und berechtigt den Schuldner, wenn er trotz des *pactum* belangt wird, zur *exceptio pacti.* Doch ist die Tragweite eines solchen Paktums nicht immer die gleiche. Es kann sein, daß es nur für eine gewisse Zeit, z. B. für zwei Jahre, die Lebensdauer des Schuldners usw. geschlossen ist. Dann bewirkt es nicht Aufhebung, sondern nur Stundung, der Gläubiger begibt sich nicht der Klage, sondern verspricht nur Zuwartung. Nach Ablauf der Zeit kann er klagen ohne *exceptio pacti* befürchten zu müssen. Aufhebungsgrund ist das *pactum* nur dann, wenn es *in rem* ist, d. h. wenn es Verzicht auf die Klage überhaupt *(generaliter)* und für alle Zeit *(in perpetuum)* enthält. Auf Grund solchen Paktums steht dann der Klage für alle Zukunft die *exceptio pacti* entgegen. In einzelnen Fällen, und zwar beim *furtum* und der *iniuria,* hat das *pactum* zivile *ipso iure* Wirkung. Es behebt das *pro fure damnum decidere oportere* und die Injurie.

B. Die Kompensation, d. i. die Aufrechnung einer solchen Gegenforderung des Schuldners gegen den Gläubiger, welche fällig und ihrem Gegenstande nach mit der Forderung gleichartig ist (Geld gegen Geld, Weizen bestimmter Güte gegen Weizen derselben Güte usw.). Jede Kompensation führt zu einer Subtraktion, daher das Erfordernis der Gleichartigkeit.

Im *ius civile* tritt uns die Kompensation zuerst bei den *bonae fidei iudiciis* entgegen. Denn da hier der Kläger nur das beanspruchen kann, was der *bona fides* entspricht, so hat es hier der Richter in der Hand, den Beklagten bloß auf den Betrag zu verurteilen, der nach Abzug etwaiger Gegenforderung *ex eadem causa* übrig bleibt, wenn er dies der *bona fides* für entsprechend hält. So dann, wenn z. B. *A* mit der *actio mandati directa* vom Mandatar Herausgabe des einkassierten Betrages per 1000 verlangt, während dieser die anläßlich der Mandatsausführung ausgelegten 100 ihm aufrechnet. Hier wird der Richter den Beklagten bloß auf 900 kondemnieren; allein ein festes Recht auf Kompensation hat in solchen Fällen der Beklagte nicht, denn daß es wirklich zur Kompensation kommt, ist nur eine Folge dessen, daß nach Anschauung des Richters die *bona fides* gerade hier Abrechnung verlangt, auch bei *bonae fidei iudiciis* steht es daher dem Richter zu, nach Umständen *nullam compensationis rationem habere,* wenn ihm das als der *bona fides* angemessen erscheint, die bei diesen Klagen für ihn das oberste Gesetz ist.

Bei *stricti iuris iudiciis,* z. B. bei der Darlehensklage gab es *iure civili* eine Kompensation nicht; nach der Natur dieser *iudicia* konnte hier die Kondemnation durch den Bestand einer Gegenforderung an sich nicht beeinflußt werden. Allein hier griff der Prätor ein. Berief sich nämlich solcher Forderung gegenüber der Beklagte noch vor ihm *(in iure)* auf eine gleichartige Gegenforderung, so stellte der Prätor, falls Kläger auf diese Abrechnung nicht einging, ein *exceptio doli* (§ 162) in die Formel ein, ausgehend davon, daß es vom Kläger dolos sei, die ganzen 100 zu verlangen wenn er selbst dem Beklagten 50 schuldig sei. Die Folge dieser *exceptio* war die, daß, wenn sich die vom Beklagten behauptete Gegenforderung als richtig erwies, der Kläger ganz abgewiesen wurde. Somit hatte diese *exceptio* nicht Kompensation, sondern vielmehr Absolution des Beklagten zur Folge. Dem Kompensationszwecke diente sie nur indirekt, nämlich insofern, als Kläger dann, wenn die Gegenforderung besteht, sich bewogen fühlen wird, sie selbst abzurechnen und nur den Überschuß einzuklagen, weil er sonst Gefahr läuft, mit der ganzen Forderung abgewiesen zu werden.

In dieser Bedeutung der *exceptio doli* für die Kompensation trat aber eine wesentliche Änderung ein durch ein Reskript Mark Aurels *(rescr. D. Marci),* welches bestimmt, daß im Falle des Bestandes der Gegenforderung der Richter auf Grund obiger *exceptio* nicht mehr wie bisher absolvieren, sondern kompensieren, d. h. die Gegenforderung abrechnen und den

Beklagten nur auf das *plus* der Forderung kondemnieren solle. Von jetzt an hatte der Beklagte dem *stricti iuris iudicium* gegenüber wirklich ein Kompensationsrecht, das der Richter nach Vorschrift obiger Konstitution hier auf Grund der vom Beklagten erwirken *exceptio* realisierte. Dieses Kompensationsrecht bezog sich natürlich wegen der strengen Einseitigkeit der bezüglichen Obligation nur auf Gegenforderungen *ex alia,* sei es *ex pari* sei es *ex dispari causa* (Darlehensforderung gegen Darlehensforderung, Kaufpreisforderung gegen Darlehensforderung usw.). Seitdem wurde solche Kompensation *ex alia causa* auch im *bonae fidei iudicium* berücksichtigt.

Noch weiter ging endlich Justinian, welcher verfügte, daß die Kompensation auch ohne besondere *exceptio,* in jedem Prozeßstadium geltend gemacht werden könne *(compensatur ipso iure).* Dadurch ist die Kompensation aus einem prätorischen zu einem durchaus zivilen Aufhebungsgrund geworden. Außerdem wurde sie auch *actiones in rem,* wie z. B. der *rei vindicatio,* gegenüber — Gleichartigkeit des Gegenstandes natürlich vorausgesetzt — für zulässig erklärt.

Ein Sonderrecht betreffs der Kompensation galt in klassischer Zeit für den *argentarius* und den *bonorum emptor.* Klagte nämlich ein Bankier aus einer Geschäftsschuld seinen Kunden, so mußte er *cum compensatione agere,* d. h. er selbst mußte schon seine Klage bloß auf den zu seinen Gunsten sich ergebenden Saldo einschränken, widrigens wurde er wegen *pluspetitio* ganz abgewiesen. Der *bonorum emptor* endlich, der als Universalsukzessor des Kridars — dessen *bona* er im Konkurse gekauft hatte — eine Forderung desselben einklagen wollte, mußte *cum deductione* klagen. Auf Grund solcher Klage brachte der Richter alle Gegenforderungen, welche der Beklagte gegen den Kridar hat, sie mögen dem Gegenstand nach mit der Forderung gleichartig sein oder nicht, bei der Kondemnation in Abzug.*) Daß auch Ungleichartiges berücksichtigt werden konnte, hängt damit zusammen, daß nach klassischem Recht überhaupt nur auf Geld kondemniert wurde (§ 160 II), auf das Alles, was im Verkehr steht, reduziert werden kann.

Fünftes Buch.

Familienrecht.

§ 104.

Übersicht.

Schon früher (§ 31) haben wir gesehen, daß die römische Familie auf der rein juristischen Grundlage der hausväterlichen Gewalt aufgebaut ist, als

*) Formel der *actio cum compensatione: Si paret* N^m N^m A^o A^o *(argentario) sestertium X milia dare oportere amplius, quam* A^s A^s N^o N^o *—iudex* N^m N^m

deren Träger der *paterfamilias* erscheint. Die ihm unterstehenden Mitglieder der Familie sind die Ehefrau und die Kinder. Die Rechtssätze, welche das persönliche Verhältnis des *paterfamilias* zu diesen betreffen, bilden den Hauptinhalt des Familienrechtes. Im Zusammenhange sind sie das Eherecht und das Recht der väterlichen Gewalt. Dazu kommt dann noch die Lehre von der Vormundschaft, da diese ein Surrogat für die fehlende hausväterliche Gewalt sein soll.

Außer den Lehren von diesen persönlichen Verhältnissen: Ehe, väterliche Gewalt und Vormundschaft, gehört ins Familienrecht aber auch noch die Darstellung der Einwirkung, welche diese persönlichen Verhältnisse auf das Vermögen ausüben; die bezüglichen Sätze betreffen das Güterrecht der Ehegatten, die vermögensrechtliche Stellung der Hauskinder und endlich der bevormundeten Personen.

§ 105.

Begriff und Geschichte der römischen Ehe.

§ 1. J. *de patr. p.* I, 9; 1. 1. D. *R. N.* XXIII, 2.

Die Ehe *(matrimonium, nuptiae)* ist die gesetzmäßige Verbindung zwischen Mann und Weib zur vollen dauernden Lebensgemeinschaft. Oberster Zweck derselben, im Sinne der Griechen und Römer, ist die Erhaltung und Fortpflanzung der Familie des Mannes und ihrer *sacra familiaria*. Der Mann *uxorem ducit liberum quaesundum causa*. Durch die Ehe tritt die Frau nach altem Recht notwendig in die zivile Familie (das Haus) des Mannes und untersteht der hausväterlichen Gewalt desselben, welche betreffs ihrer als *manus (mariti)* bezeichnet wird. Das persönliche Verhältnis der Ehegatten ist, soweit es überhaupt rechtlicher Natur ist, ein Gewaltverhältnis des Mannes über die Frau, welche ihm gegenüber rechtlich *filiae loco* ist. Manus und Ehe sind im Sinne des alten Rechtes untrennbare Begriffe, die Manus ist die notwendige Folge der Ehe oder mit a. W. die rechtliche Gestaltung des persönlichen Verhältnisses der Ehegatten nach altem *ius civile*, daher keine Ehe ohne Manus und keine Manus ohne Ehe.

Ehe und Manus werden begründet durch solenne Akte; *confarreatio* und *cöemptio*. Verbindungen, die zwar in ehelicher Absicht *(affectio maritalis)* durch Herstellung tatsächlicher Lebensgemeinschaft, aber nicht in der erwähnten rechtsförmlichen Weise eingegangen werden, sind nach altem Recht zunächst noch keine Ehe, sondern werden es erst dadurch, daß sie ununterbrochen ein Jahr lang bestehen. Mit Ablauf dieses Jahres wird die Frau *usu* die rechte Ehefrau des Mannes und fällt als solche in seine *manus*,

---

A° A° sestertium X milia condemna s. n. p. a. Bei der *actio cum deductione* stand die Deduktionsklausel, welche den Richter zur *deductio* ermächtigte, erst in der *condemnatio* (§ 160 II.) der Formel,

gerade so als wenn eine *cöemptio* geschlossen worden wäre. So wie die *usucapio* das Eigentum, so begründet dieser *usus* Ehe und *manus*, die Frau wird durch Ersitzung zur Ehefrau *(velut annua possessione usucapiebatur)*. Verläßt die Frau vor Ablauf dieses Jahres wieder das Haus des Mannes, so liegt eine *usurpatio* vor, welche diese Ersitzung unterbricht und das Zustandekommen der Ususehe ausschließt. Ursprünglich ist diese *usurpatio* so gedacht, daß die Frau dadurch, daß sie das Haus des Mannes wieder verläßt, die eheliche Gemeinschaft aufhebt und ihre eheliche Absicht *(affectio maritalis)* aufgibt; später benützte man jedoch diese *usurpatio* dazu, um auf künstliche Weise bloß die Entstehung der Manus und den Übertritt der Frau in die zivile Familie des Mannes zu verhindern. Nicht mehr in der Absicht, die eheliche Gemeinschaft überhaupt aufzuheben, sondern nur in der Absicht, die Manus auszuschließen, verläßt die Frau jetzt während des Jahres für kurze Zeit das Haus des Mannes, um nach der *usurpatio* der Ersitzung sofort wieder in dasselbe zurückzukehren. Sie will mit a. W. die eheliche Gemeinschaft nicht aufheben, sondern nur den Eintritt der *manus* und ihrer Folgen verhindern. Hiemit ist der frühere Zusammenhang zwischen Ehe und *manus* gelockert, das eheliche Verhältnis erscheint jetzt bereits als ein solches, das zwar gewöhnlich mit der *manus* verbunden ist oder doch normal bei ununterbrochener Fortsetzung zu derselben führt, das aber doch keineswegs mehr unter allen Umständen mit derselben verbunden sein muß. Schon die XII Tafeln regeln diese künstliche *usurpatio* des *usus* dahin, daß es genüge, wenn die Frau zu diesem Zwecke jährlich ein *trinoctium*, d. h. drei aufeinander folgende Nächte vom Hause des Mannes abwesend ist. Wird diese *usurpatio* vorgenommen und natürlich jedes Jahr wiederholt, so entsteht wegen Unterbrechung des *usus* die *manus* nicht, während gleichwohl im Sinne dieser Bestimmung die Ehe fortbesteht. Wird die *usurpatio* während eines Jahres versäumt, so wird zur Ehe die *manus* hinzuerworben. Daraus geht klar hervor, daß im Sinne dieser Zeit und wohl schon früher die *manus* gar nicht mehr als ein notwendiges Attribut der Ehe gedacht wird; diese ist hiemit schon von der *manus* losgelöst, da jetzt zweifellos Ehen ohne *manus* vorkommen können. Im weiteren Verlauf führte das dahin, daß man die formlose Realisierung der *affectio maritalis* für die Eheschließung überhaupt für ausreichend hielt und die oben erwähnten solennen Eheschließungsformen nur mehr dort anwandte, wo man, aus welchem Grunde immer, eine Ehe mit Manus schaffen wollte. Dadurch wurden diese alten Eheschließungsformen eigentlich zu bloßen Begründungsarten der *manus* herabgesetzt, da zur Eheschließung selbst der bloße formlose Konsens als ausreichend befunden wurde.

So unterscheidet man jetzt zwei Arten der Ehe: die Manusehe, welche durch solenne Akte oder durch *usus* geschaffen wird, und die Ehe ohne Manus oder die freie Ehe, welche formlos eingegangen wird. Letztere war schon zur Zeit der XII Tafeln vorhanden und vielleicht nicht

selten, allmählich wurde sie dann die Regel, die Manusehe die seltene Ausnahme, die nur mehr besonderer Nebenzwecke wegen eingegangen wurde. Das Aufkommen dieser sog. freien Ehe ist für die Gestaltung der römischen Familienverhältnisse von der tiefeingreifendsten Bedeutung gewesen. Bisher stand die Ehe im engsten rechtlichen Zusammenhang mit der römischen Familie, denn die Ehefrau wurde durch die *conventio in manum* notwendig Mitglied der zivilen Familie des Mannes. Dieser rechtliche Zusammenhang ist jetzt zerrissen, denn bei der freien Ehe bleibt die Frau außerhalb der Familie des Mannes, ihre Kinder gehören in dieselbe, nicht aber auch sie, sie ist rechtlich dem Manne und den Kindern gegenüber eine *extranea*, eine Fremde. Hiemit ist eine wahre Zersetzung des alten festen Familienverhältnisses eingetreten. Die Frau steht zu ihrem Manne und ihren Kindern nur in einem tatsächlich ethischen Verhältnis, rechtlich gehört sie nicht zu seinem Hause, sondern noch immer zu dem ihres Vaters. An dieser unnatürlichen Stellung der Frau außerhalb der Familie des Mannes krankt die klassische Zeit hindurch das römische Eherecht. Nur allmählich und keineswegs ausreichend hat das prätorische Recht der Ehefrau ohne Manus eine gewisse rechtliche Position verschafft, wovon später die Rede sein wird. Zu ausreichendem, dem wahren Wesen der Ehe entsprechenden Rechtsgebilden ist es aber im römischen Recht nicht mehr gekommen.

§ 106.

Ehefähigkeit und Ehehindernisse.

Gai. I, 58—64; Ulp. V; J. *de nupt.* I, 10.

Die römische Ehe, sowohl die mit, als auch die ohne Manus, setzt auf Seite beider Teile das römische *conubium* voraus (§ 29). Und zwar ist dieses nicht bloß Voraussetzung des Zustandekommens, sondern auch des Fortbestandes des sog. *legitimum matrimonium (iustae nuptinae)*. Daher kann ein *legitimum matrimonium* nur zwischen Bürger und Bürgerin, dagegen nicht zwischen Nichtbürgern: Latinen, Peregrinen (es wäre denn das *conubium* ihnen besonders konzediert) eingegangen werden (§ 29). Insbesondere kommt es dort nicht zustande, wo auch nur ein Teil Latinus oder Peregrinus ist. Aber auch das giltige *matrimonium legitimum* hört als solches auf, sobald auch nur einer der Ehegatten die Zivität verliert, also eine *capitis deminutio maxima* oder *media* (§ 33) erleidet. Zwischen Freien, welche nicht beide die Zivität besitzen (also zwischen Nichtbürgern, Bürgern und Nichtbürgern), kann zwar auch eine Ehe geschlossen werden, allein diese Ehe ist nicht das *legitimum matrimonium* der Römer. Tatsächlich und ethisch hat diese von den Steuern des *matrimonium iuris gentium* bezeichnete Ehe denselben Gehalt wie die römische Ehe, sie hat nur nicht die dem *legitimum matrimonium* eigentümlichen rechtlichen Folgen. Die Kinder eines Römers aus einem *matrineonium iuris gentium* gehören nicht in seine zivile Familie, sondern nur die aus

dem *matrimonium legitimum.* Sklaven endlich sind jeder Ehe unfähig; trotz tatsächlicher *affectio maritalis* ist die der Ehe entsprechende Verbindung zwischen Sklaven oder zwischen Sklaven und Freien rechtlich niemals eine Ehe *(nullum matrimonium).* Man bezeichnet dieses rein tatsächliche Verhältnis (die sog. Sklavenehe) als *contubernium.*

Außer durch den Mangel der allgemeinen Ehefähigkeit *(conubium)* wird aber das Zustandekommen, mitunter auch der Fortbestand der Ehe, durch das Vorhandensein eines sog. Ehehindernisses ausgeschlossen. Diese Ehehindernisse sind teils absolute, d. h. solche, welche der mit ihnen behafteten Person die Ehe überhaupt (mit jeder Person) unmöglich machen, teils relative, d. h. solche, welche der Ehe dieser Person nur mit gewissen Personen entgegenstehen.

I. Absolut unfähig, eine Ehe einzugehen, sind: Wahnsinnige, Unmündige, Kastraten (jedoch nicht natürlich Zeugungsunfähige), endlich solche, die bereits in einer Ehe leben. Wird das Ehehindernis später behoben, wird z. B. der Wahnsinnige gesund, der Unmündige *pubes,* der Verheiratete Witwer, so können diese Personen jetzt rechtsgiltig eine Ehe schließen.

II. Relative Ehehindernisse werden begründet:

1. Durch Verwandtschaft (§ 30, 31). Aszendenten und Deszendenten können ohne Unterschied des Verwandtschaftsgrades mit einander keine Ehe schließen; dies gilt auch von der Adoptivverwandtschaft, selbst nach aufgelöster Adoption. In der Seitenlinie war stets verboten die Ehe zwischen Geschwistern (voll- und halbbürtigen, Adoptivgeschwistern); darüber hinaus wechselten die Bestimmungen. Im Justinianischen Recht ist die Ehe unzulässig zwischen solchen, die zu einander im Verhältnis des *respectus parentelae* stehen (d. h. zwischen Personen, von denen die eine unmittelbar, die andere bloß mittelbar von dem ihnen gemeinsamen Stammvater abstammt, z. B. zwischen Oheim und Nichte, Großoheim und Großnichte), ohne Unterschied des Grades. Ebenso auch zwischen Adoptivverwandten, jedoch nur so lange, als das Adoptionsverhältnis besteht. Geschwisterkinder können sich ehelichen.

2. Durch Schwägerschaft (§ 30). Diese ist in auf- und absteigender Linie ebenfalls ein Ehehindernis, so z. B. kann der frühere Schwiegersohn nicht seine frühere Schwiegermutter, der Schwiegervater nicht seine gewesene Schwiegertochter, heiraten. In der Seitenlinie wurde die Schwägerschaft ein Ehehindernis erst in der Kaiserzeit, und zwar ist hier die Ehe mit der Schwester, beziehungsweise dem Bruder des anderen Ehegatten verboten.

3. Durch Standesverschiedenheit. Nach der *lex Julia et Papia Poppaea* sollten *ingenui* gewisse *mulieres infames (lenam, a lenone manumissam, in adulterio deprehensam, iudicio publico damnatam, quae artem*

ludicram fecerit, quae palam quaestum corpore fecit, fecerit) nicht heiraten; Personen senatorischen Standes war überdies noch die Ehe mit Freigelassenen, Schauspieler-Söhnen und -Töchtern untersagt. Doch waren solche Ehen vorerst nicht ungiltig, sondern befreiten nur nicht von den Strafen der Ehelosigkeit (§ 112). Später wurden auch solche Ehen für nichtig erklärt, bis endlich Justinian das ganze Ehehindernis aufhob.

4. Durch amtliche Stellung des Mannes. Hierher gehört das Verbot der Ehe zwischen einem in der Provinz Beamteten und einer Provinzialin, ferner zwischen dem Vormund oder dessen Deszendenten und der Mündel.

5. Durch Ehebruch und Entführung. Verboten ist nämlich die Ehe zwischen Ehebrecher und Ehebrecherin dann zwischen Entführer und Entführten.

6. Durch Religionsverschiedenheit. Zwischen Juden und Christen ist die Ehe verboten.

Besteht das Ehehindernis zur Zeit des Eheschlusses, so kommt eine Ehe nicht zustande. Späterer Eintritt eines Ehehindernisses hebt im Allgemeinen die Ehe nicht auf (z. B. späterer Wahnsinn eines oder beider Ehegatten), sondern nur dann, wenn es zugleich ein Hindernis des Fortbestandes der Ehe ist. Dies ist der Fall bei nachträglicher Adoptivverwandtschaft zwischen Ehegatten, dann im Falle Nr. 3, wenn z. B. der Mann einer Freigelassenen später Senator wird.

§ 107.

Die Manusehe.

Bruns. p. 6, 12; Gai. I, 108—115b; 136, 137; II, 90; III, 83, 84; IV, 80.

Die Manusehe ist der altrömische Ausdruck des Gedankens, daß die Frau rechtlich zum Hause des Mannes gehört, durch die Ehe in dasselbe eintritt und folgeweise aus dem ihres Vaters austritt. Nach der Organisation des römischen Hauses konnte jener Eintritt nicht in der Weise geschehen, daß sie als Teilhaberin der hausväterlichen Gewalt an die Seite des *paterfamilias* trat, sondern nur in der Weise, daß sie lediglich als *iuri alieno subjecta* im Hause des Mannes Platz fand (§ 32). Sie erlangte rechtlich die Stellung einer *filiafamilias* oder, wenn ihr Mann selbst *filiusfamilias* war, die Stellung der *neptis* dem Familienhaupt gegenüber.*) Unbeschadet ihrer tatsächlich-ethischen Stellung, derzufolge sie als *materfamilias* bezeichnet wird, hat sie somit rechtlich im Hause des Mannes nur die Stellung eines Hauskindes. Die hausväterliche Gewalt heißt ihr

*) Auch in diesem letzteren Fall ist Subjekt der *manus* der Ehemann, d. i. der *filiusfamilias* und nicht sein Vater (— *nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus* —). Solange aber der Ehemann *filiusfamilias* ist, stehen die in der *manus* enthaltenen Rechte (die Manusgewalt) seinem Vater zu.

gegenüber zwar *manus*, ist aber inhaltlich identisch mit der *patria potestas* über die Kinder. Wie betreffs dieser hat der Gewalthaber auch betreffs der Frau das Verkaufsrecht (das *ius mancipandi*), mag selbes auch schon seit alter Zeit nicht mehr zu einem ernstlichen Verkauf der Frau führen dürfen.

Begründet wird die Manusehe, durch welche die Frau stets eine *capitis deminutio minima* (§ 33) erleidet, durch *confarreatio cöemptio* und *usus*.

I. Die *confarreatio* ist die alte sakrale Eheschließungsform der Patrizier. Sie besteht in einem feierlichen Opfer von *panis farreus*, welches vor zehn Zeugen unter Intervention des *pontifex maximus* und des *flamen Dalis* dem Jupiter dargebracht wird. Dabei werden genau vorgeschriebene solenne Worte *(certa verba)* gesprochen, welche den Eheschluß manifestieren. Durch die *confarreatio* tritt die Frau in die *sacrorum communio* des Mannes; in Erinnerung daran wird noch später die Ehe als *divini et humani iuris communicatio* bezeichnet. Natürlich scheidet sie zugleich aus der *sacrorum communio* des väterlichen Hauses aus. Da jedes Haus eine besondere sakrale Gemeinschaft war, so involviert der Wechsel der *sacra* den Wechsel des Hauses, und wenn die Frau aus einer *gens* in eine andere heiratet *(gentis enuptio)*, auch den Wechsel der *gens*. Die Frau gehört jetzt zum Hause und zur *gens* des Mannes und nimmt in alter Zeit dessen Gentilnamen an. Darauf deuten die bei der Eheschließung oder im Anschluß daran gesprochenen Worte; *ubi tu Gaius, ibi ego Gaia*. Solche konfarreierte Ehen wurden später nur mehr als Voraussetzung der Fähigkeit zu den höchsten Priesterwürden *(flamen Dialis, Martialis* und *Quirinalis)* geschlossen. Durch ein Senatuskonsult aus dem Jahre 743 d. St. (11 v. Chr.) wurde ihre Wirkung dahin abgeschwächt, daß die Frau *quoad sacra tantum videatur in manu esse, quod vero ad ceteras causas perinde habeatur, ac si in manum non convenisset.*

II. Die *cöemptio* ist die Eheschließung in der Form des Kaufes *per aes et libram* vor fünf Zeugen und dem *libripens*. Hervorgegangen aus dem uralten Brautkauf, der die Frau ins *mancipium* des Mannes brachte, ist sie schließlich zu einer *imaginaria emptio* geworden, welche die Frau der *manus* des Mannes unterwarf und bei welcher in dem *rauduscul*um bloß ein Scheinpreis gezahlt wurde. Der Vorgang bei der *cöemptio* bestand wohl aus zwei Akten: der feierlichen Erklärung des Ehekonsenses *(vir: an tu mihi materfamilias esse velis? volo; mulier: an tu mihi paterfamilias esse velis? volo)* und einer *mancipatio*, die als *cöemptio* bezeichnet wird. Der erste Teilakt bestimmte Ziel und Zweck der *mancipatio*, die Frau sollte danach nicht *in servilem condicionem*, sondern als Ehefrau in die Gewalt des Mannes kommen; deshalb ging er der *mancipatio* voraus, die sich unmittelbar an ihn anschloß. Durch diese kauft, wie noch Gaius sagt, der Mann (falls er noch *filiusfamilias* ist, mit Zustimmung seines Gewalthabers) die Frau. Folgeweise kann die Frau bei der *cöemptio*,

nicht als Subjekt, nicht als Verkäufer, sondern nur als Objekt gedacht sein. Als Verkäufer können nur der Gewalthaber beziehungsweise die *tutores* der Frau (falls sie *sui iuris* ist) fungieren. Später mochte der Kaufgedanke immer mehr zurücktreten; seitdem behandelte man die *cöemptio* nicht mehr als Geschäft über die Frau, sondern als Geschäft mit der Frau, das in altüberlieferten Formen, die zu bloßen Formalitäten geworden waren, Ehe und *manus* begründen sollte. Jetzt wurde die hergebrachte Mitwirkung der *tutores* zur bloßen *interpositio auctoritatis* abgeschwächt, durch welche diese den von der Frau vorgenommenen Köemptionsakt bekräftigen. Die Nunkupationsformel, welche der Mann als *cöemptionator* aussprach, ist uns unbekannt, wir wissen nur, daß sie von der sonst bei der *mancipatio* herkömmlichen verschieden war. Die *cöemptio* war ursprünglich die plebejische Eheschließungsform und ist dann auf alle Bürger anwendbar geworden. Die Frau kam durch sie in die *manus* des Mannes, trat aber nicht in seine *sacrorum communio* ein, ebensowenig kam sie in seine *gens* und führte auch nicht seinen Gentilnamen.

III. Durch *usus* endlich entsteht die *manus* dann, wenn die eheliche Gemeinschaft formlos und tatsächlich ohne *cöemptio* hergestellt war und ein Jahr lang ununterbrochen gedauert hat. Der Ausgangspunkt ist wohl auch hier der, daß durch diese Art Ersitzung ursprünglich das *mancipium* begründet und daß diese Wirkung erst später zur *manus* abgeschwächt wurde. Der Effekt des *usus* ist derselbe wie der der *cöemptio*, auch der *usus* begründet keine *sacrorum communio* und keinen Wechsel der *gens*. Von der *usurpatio* durch Abwesenheit während des *trinoctium* war bereits früher die Rede.

Die Manusehe wird aufgelöst durch den Tod, ebenso durch *capitis deminutio maxima* oder *magna* (§ 33) eines Teiles. Treten diese Ereignisse auf Seite des Mannes ein, so wird die Frau zwar gewaltfrei *(sui iuris)*, ohne aber aus der Familie des Mannes auszuscheiden. (War der Mann *filiusfamilias*, so verbleibt sie trotz Auflösung der Ehe doch in der Gewalt seines Vaters.) Rückkehr aus der Kriegsgefangenschaft hat wie bei der *patria potestas*, wohl auch bei der Manusehe *postliminium* zur Folge. Auch Scheidung löst die Manusehe. Diesfalls muß aber zwischen der durch *confarreatio* und der durch *cöemptio* oder *usus* begründeten Manusehe unterschieden werden:

A. Die Scheidung der *confarreatione* geschlossenen Ehe erfolgte *contrario actu*, d. h. durch *diffarreatio*. Auch diese war ein sakraler Akt, welcher nach vorgängiger Pontifikalkognition ebenfalls unter Intervention der vorerwähnten Priester erfolgte. Durch sie wird mit der Ehe die *sacrorum communio* und die *manus* gelöst. Bei der Ehe des *flamen Dialis* ist die *diffarreatio* ganz ausgeschlossen, dessen Ehe ist somit untrennbar. Aber auch in den anderen Fällen konfarreierter Ehe ist das Scheidungs-

recht wenigstens indirekt durch das Erfordernis der Kognition und priesterlichen Mitwirkung eingeschränkt.

B. Die Köemptions- und Ususehe konnte zunächst nur von Seite des Mannes, später infolge Einflusses der freien Ehe auch von Seite der Frau beliebig geschieden werden. Hiemit war aber noch nicht die *manus* gelöst. Dazu war noch die *remancipatio* notwendig, zu welcher der Mann, beziehungsweise dessen Gewalthaber, nach der Scheidung verpflichtet war. Sie bestand darin, daß der Inhaber der Manusgewalt kraft des in ihr enthaltenen *ius mancipandi* die Frau ihrem Vertrauensmann manzipierte. Dadurch kam sie bei diesem in die *causa mancipii* (§ 117) und wurde jetzt von ihm, da sie *servae loco* war, manumittiert, wodurch sie *sui iuris* wurde. Das Ganze bewegt sich in den Formen, die wir später bei der *emancipatio* eines Hauskindes kennen lernen werden (§ 116).

Sobald der alte Zusammenhang zwischen Ehe und *manus* gelöst war, kamen nicht bloß Ehen ohne *manus* vor, sondern wurden auch *cöemptiones* nicht in der auf Manusehe gerichteten Absicht, sondern nur besonderer juristischer Nebenwirkungen der *manus* wegen geschlossen. Das dadurch begründete rein künstliche (nur formale) Manusverhältnis (*manus* ohne wirkliche Ehe) wird als *manus fiduciae causa* bezeichnet. Ein Fall der Art ist die *cöemptio tutelae evitandae causa.* Wollte die Frau, welche unter Geschlechtsvormundschaft stand, ihre *tutores* wechseln, so schloß sie *auctoritate* ihrer jetzigen *tutores* mit einem Vertrauensmann eine *cöemptio,* nur zu dem Zweck, damit sie dieser dem Zweiten, den sie sich als *tutor* ausersehen hatte, manzipiere (§ 69). War das geschehen, so manumittierte sie jetzt der Zweite *ex causa mancipii;* dadurch wurde er als *manumissor* ihr *tutor legitimus.* (Einen anderen Fall s. in § 129). Das, was bei der *cöemptio matrimonii causa* unbeabsichtigte Nebenwirkung der *conventio in manum* und der später aus anderen Gründen vorgenommenen Scheidung und *remancipatio* war, das wurde hier *ad hoc* bloß dieser juristischen Nebenwirkung wegen vorgenommen. Die *manus* wurde hier nur zu dem Zwecke begründet, damit kraft derselben *mancipatio* und daraufhin *manumissio* vorgenommen werden könne; an eine Ehe dachte dabei ernstlich niemand.

Die *manus* ist in allen ihren Gestalten schon im vorjustinianischen Recht abgestorben. Das Justinianische Recht kennt sie nicht mehr.

§ 103.

Die Ehe ohne Manus.

l. 2, 5. D. *d. R. N.* XXIII, 2; l. 1, 14, § 1. D. *sol. mat.* XXIV, 3; l. 2. C. *d. inut. st.* VIII, 38; l. 3, D. *d. div.* XXIV, 2. Ulp. V, 3—10.

Diese wird geschlossen durch den auf die Ehe gerichteten Konsens *(consensus facit nuptias)* und durch die tatsächliche Herstellung der der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft. Dies geschieht gewöhnlich durch

deductio der Frau *in domum mariti*. Hochzeitsfeierlichkeiten sind üblich, aber juristisch für den Eheschluß nicht wesentlich, es genügt die beiderseitige Betätigung der *affectio maritalis*. Anwesenheit von Zeugen oder gar Assistenz einer geistlichen oder weltlichen Behörde ist nicht gefordert, der Eheschluß ist ein rechtlich formloser Privatakt. Zur Verehelichung eines Hauskindes ist Zustimmung seines Gewalthabers notwendig. Bei der Verheiratung der *filiafamilias* tritt sogar dessen Zustimmung in den Vordergrund, da sie als zustimmend gilt, wenn sie nicht ausdrücklich widerspricht (sie wird verheiratet). Zwang zur Eheschließung perhorresziert das römische Recht, deswegen erzeugt auch das Verlöbnis *(sponsalia)*, d. i. das gegenseitige Versprechen, künftig mit einander eine Ehe schließen zu wollen, keine rechtliche Verbindlichkeit (nicht einmal die zum Schadenersatz), sondern nur die *spes matrimonii*. Solche Verlöbnisse wurden in alter Zeit durch zwei korrespondierende *sponsiones**) (§ 82), später ebenfalls formlos durch bloßen Konsens geschlossen. Sicherung ihrer Einhaltung durch Konventionalstrafstipulationen oder Pfänder war *contra bonos mores* und daher ungiltig. Denn auch jeder indirekte Zwang zur Eheschließung war unstatthaft, da *libera esse debent matrimonia*. *Bina sponsalia eodem tempore* begründen Infamie (§ 35).

Die Ehe ohne *manus* hat für das *ius civile* nur die Bedeutung, daß auch die Kinder aus diesem *legitimum matrimonium* in die zivile Familie und die *patria potestas* des Mannes fallen, daß ferner diese Ehe Voraussetzung der *dos* ist, und daß endlich nach der *lex Julia de adulteriis* (736 d. St. 18 v. Ch.) der Ehebruch *(adulterium)* mit Strafen bedroht ist. Dagegen ist das persönliche Verhältnis der Ehegatten zu einander bei dieser Ehe rechtlich durch das *ius civile* nicht mehr geordnet. Es ist von der zivilen Familie losgelöst, ohne eine neue ausreichende Gestaltung durch das *ius civile* erhalten zu haben, es ist eigentlich nur ein tatsächliches ethisches Verhältnis. Die Frau gehört nicht mehr zur Familie des Mannes, sondern bleibt außerhalb derselben, ist weder Agnatin des Mannes, noch auch ihrer Kinder, sie ist eine *extranea*, die als solche *iure civili* daher auch gar kein gesetzliches Erbrecht in der Familie des Mannes hat. Trotz ihrer Verheiratung gehört sie rechtlich nur in die Familie ihres Vaters, dort hat sie Agnations- und Erbrecht. Ist sie *filiafamilias* so wird sie durch ihre Verheiratung auch von der väterlichen Gewalt nicht befreit und kann vom Vater, wie jedes andere Kind durch das *interdictum de liberis exhibendis et ducendis* sogar vom Ehemann herausverlangt werden. Daraus ist zur Evidenz ersichtlich, daß der Bestand dieser freien Ehe vom Belieben des Vaters der Frau abhängt: die Frau ist nicht organisches Glied der Familie des Mannes, sondern noch immer ein Mitglied der väterlichen

---

*) Durch die eine *sponsio* versprach z. B. der Vater der Braut dem Bräutigam: *filiam in matrimonium datum iri;* durch die andere der Bräutigam dem Vater: *filiam in matrimonium ductum iri.*

Familie, das dem Manne nur behufs Fortpflanzung seiner Familie geliehen ist. Sie führt denn auch nicht die Bezeichnung: *materfamilias*, wie die Frau in der Manusehe, sondern heißt schlechtweg *uxor*. Erst der Prätor legt diesem tatsächlichen ethischen Verhältnis der Ehegatten zu einander dadurch einen rechtlichen Charakter bei, daß er den Ehegatten als solchen ein gegenseitiges Erbrecht *(bonorum possessio unde vir et uxor)* gewährte. Desgleichen verdankt es die Frau ihm, daß sie als Mutter ihren Kindern gegenüber ein kognatisches prätorisches Erbrecht erlangte (in der Manusehe hatte sie nach *ius civile* ein Schwestererbrecht). Erst in nachklassischer Zeit erlangt endlich der Mann ein *interdictum de uxore ducenda* auch gegen den Gewalthaber, der ihm die Frau vorenthält. Aus allem dem ist ersichtlich, daß es nach der Loslösung der Ehe von der zivilen Familie, die durch die freie Ehe bewirkt wurde, zu einer befriedigenden neuen Ordnung der Familienverhältnisse eigentlich nicht mehr gekommen ist. Eine rechtlich noch ungünstigere Stellung hat das *matrimonium iuris gentium;* auch das ist zwar ethisch wahre Ehe, allein die Hauptwirkung der römischen Ehe: Fortpflanzung der Familie des Mannes und *patria potestas* über die Kinder, erzeugt es selbst dann nicht, wenn der Ehemann *civis Romanus* ist, die Kinder, aus solcher Ehe folgen in der Regel dem *status civitatis* der Mutter, nicht dem des Vaters*); und auch die Bestimmungen des Edikts fanden auf diese Ehe wohl nicht ohneweiters Anwendung. Die ganze Rechtswirkung dieser Ehe nach römischem Recht ist die, daß die Kinder gleichwohl eheliche sind (§ 30), daß auch diese Ehe unter dem Schutz der *lex Julia de adulteriis* steht, endlich auch bei ihr eine *dos* zugelassen wurde.

Die Auflösung der Ehe ohne Manus erfolgt wie die der Manusehe entweder notwendig ohne den Willen der Ehegatten, oder durch den Willen derselben:

1. Ohne den Willen wird sie gelöst durch den Tod oder durch *capitis deminutio maxima* eines Eheteiles, insbesondere durch *captivitas*. Kehrt der Gefangene zurück, so tritt betreffs dieser Ehe kein *postliminium* ein (wohl aber bezüglich der Manusehe), es ist vielmehr Erneuerung *(redintegratio)* der Ehe notwendig, ganz natürlich, wenn sie nur ein tatsächliches-ethisches Verhältnis ist. *Capitis deminutio magna* behebt die Ehe nur als *legitimum matrimonium*, während sie als *matrimonium iuris gentium* fortbesteht. *Capitis deminutio minima* behebt sie nicht. (Über andere seltenere Auflösungsgründe siehe (§ 106).

2. Durch den Willen der Ehegatten wird die Ehe behoben mittelst Scheidung. Diese ist ganz frei, jeder Verzicht auf das Scheidungsrecht

*) Eine Ausnahme davon statuiert die *lex Minicia* (wohl aus der zweiten Hälfte des sechsten Jahrhunderts d. St.). Dieser zufolge wird der *qui ex peregrino et cive Romana nascitur, peregrinus*, folgt also der „ärgeren Hand", *quoniam lex Minicia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis condicionem sequi iubet.*

oder jede Beschränkung desselben ist ungiltig. Die Scheidung ist ein reiner Privatakt, Intervention einer Behörde findet nicht statt, ebensowenig sind zunächst Scheidungsgründe aufgestellt, da die Scheidung im Belieben jedes Ehegatten steht. Sie kann einverständlich *(divortium* im eigentlichen Sinne) oder einseitig, d. h. durch den Willen eines Ehegatten *(repudium)* geschehen. Immer löst sie die Ehe auf. Daß sogar der Gewalthaber die Ehe seiner Tochter beliebig scheiden konnte, wurde bereits oben angedeutet. Erst seit Antoninus Pius sucht man dem entgegenzuwirken. Eine Form der Scheidung führt erst die *lex Julia de adulteriis* ein, aber nur für die einseitige Scheidung. Dieselbe besteht in der Erklärung der Scheidung an den andern Eheteil vor sieben Solennitätszeugen *(cives R. puberes)*. Diese Erklärung kann mündlich oder durch Übergabe eines Scheidebriefes *(libellus repudii)* erfolgen. Auch noch in der christlichen Kaiserzeit wird die Ehe durch jede Scheidung, selbst die mutwilligste, gelöst, so daß jeder Teil zu einer neuen Ehe schreiten kann. Nur suchte man jetzt grundlosen Scheidungen durch Androhung von Vermögensstrafen, sowie durch Aufstellung bestimmter Scheidungsgründe, welche allein diese Strafen ausschließen, entgegenzuwirken. Das Scheidungsrecht bleibt aber auch jetzt aufrecht, selbst noch im Justinianischen Recht löst die grundloseste Scheidung die Ehe, der Schuldige verwirkt nur die Strafe.

War die Ehe gelöst, so war Wiederverheiratung zulässig. Doch sollte die Witwe während des Trauerjahres keine neue Ehe schließen, widrigens verfiel sie, ihr Gewalthaber und Ehemann, in Infamie. Dieses Verbot wurde im Interesse der Vermeidung der Ungewißheit der Vaterschaft *(ne turbatio sanguinis fiat)* später auch auf die geschiedene Ehefrau ausgedehnt. In der christlichen Zeit wurde der Eingehung einer zweiten Ehe durch Aufstellung vermögensrechtlicher Nachteile *(poenae secundarum nuptiarum)* entgegengewirkt.

§ 109.

Eheliches Güterrecht. Allgemeines.

Gai. III, 104; Ulp. VII; l. 21, §§ 5, 26. D. *rer. amot.* XXV, 2; l. 1, 2, 3, 32, § 2, 51. D. *d. donat. i. v. et. ux* XXIV, 1.

In der Manusehe hat die Frau auch in vermögensrechtlicher Hinsicht im ganzen die Stellung der Haustochter oder der Enkelin, je nachdem ihr Ehemann *paterfamilias* oder *filiusfamilias* ist. Folgeweise ist sie aktiv vermögensunfähig. Ihre Erwerbshandlungen wirken wie die der Haustochter oder Enkelin unmittelbar für ihren Gewalthaber, den Ehemann oder dessen Vater. Ihre Verpflichtungsgeschäfte dagegen wirken *iure civili*, wie die der *filiafamilias* und Enkelin, weder gegen sie, noch gegen den Gewalthaber; doch sind daraufhin auch hier *actiones adiecticiae qualitatis* zulässig. Eine *noxae deditio* der Ehefrau ist von altersher unstatthaft. (§ 101.) War die Frau zur Zeit ihrer *conventio in manum* eine *per-*

sua sui iuris, so kann sie infolge der hiemit eintretenden Vermögensunfähigkeit nicht weiterhin Subjekt ihres Vermögens bleiben. Die Aktiven derselben gehen infolgedessen (mit Ausnahme weniger, welche *capitis deminutione* untergehen, § 33) *per universitatem ipso iure* auf den Gewalthaber über, die Geschäftsschulden der Frau erlöschen *ipso iure* durch ihre *capitis deminutio,* während betreffs der Deliktsschulden etwas sicheres nicht gesagt werden kann. Bezüglich der Geschäftsschulden griff jedoch der Prätor ein, indem er die Gläubiger gegen die Frau zur Klage zuließ, und zwar gerade so, als wenn sie *capite minuta non esset* (§ 161 *C).* Diese Klage mußte der Gewalthaber als *defensor* der Frau auf sich nehmen; tat er das nicht, so wies der Prätor den Kläger in die Aktiven des Gewalthabers ein, welche ohne *conventio in manum* jetzt Vermögen der Frau sein würden. Durch den Verkauf derselben konnte er sich dann bezahlt machen. Darin liegt zweierlei: der Mann haftet für die früheren Schulden der Frau nur mit den Aktiven, die ihm durch ihre *conventio in manum* zugekommen sind, — und der Gläubiger behält das als Exekutionsobjekt, worauf er, falls die Frau *sui iuris* geblieben wäre, gegen sie hätte Exekution führen können. Seine Stellung ist somit nicht verschlechtert. Stirbt der Mann, bezw. dessen Gewalthaber, so hat die Frau das Erbrecht einer Tochter, bezw. einer Enkelin, während zwischen ihr und den Kindern — denen gegenüber sie *sororis loco* ist — Geschwistererbrecht besteht. Auch bezüglich der übrigen Agnaten des Mannes hat sie erbrechtlich die Stellung, die sonst einer Agnatin zukommt.

Bei der freien Ehe ist das alles anders. Denn da die Frau hier nicht in die zivile Familie des Mannes eintritt, bleibt sie auch in vermögensrechtlicher Hinsicht in ihrer bisherigen familienrechtlichen Stellung. Ist sie eine *filiafamilias,* so wirken ihre Erwerbshandlungen ungeachtet ihrer Verheiratung nicht für den Mann, sondern nur für ihren Vater; dieser allein und nicht der Mann kann ihrer Verpflichtungen wegen mit den adjektizischen und Noxalklagen belangt werden. Ist sie dagegen eine *persona sui iuris,* so bleibt sie dies auch nach ihrer Verehelichung. Folgeweise bleibt sie nach wie vor Subjekt ihres Vermögens. Dieses wird überhaupt durch ihre Verehelichung gar nicht berührt, insbesondere hat sie rechtlich gar nichts zu den Lasten der Ehe beizutragen. Die *onera matrimonii* treffen auch hier nur den Mann, nicht die Frau, selbe mag noch so reich sein. Der Ehemann hat als solcher auch nicht die Verwaltung ihres Vermögens, überträgt sie ihm dieselbe, so hat er sie nur als ihr Mandatar,*) jeder Widerruf der Frau behebt daher seine Verwaltungsbefugnis. Auch ein ziviles Erbrecht besteht bei freier Ehe zwischen den Ehegatten nicht, nur der Prätor hat ihnen ein solches gegeneinander gegeben, das aber durch den entferntesten

*) Eigentümlichkeiten dieses Mandats sind: der Mann haftet bloß für *culpa in concreto,* die Frau hat wegen ihrer *actio mandati directa* gegen ihn ein gesetzliches Pfandrecht an seinem ganzen Vermögen.

erbberechtigten Verwandten ausgeschlossen wird (§ 135). Erst in der späteren Kaiserzeit wird der Witwe, falls sie arm ist, ein bevorzugtes Sukzessionsrecht eingeräumt (§ 136). Das Ergebnis ist: bei der freien Ehe haben wir zwei getrennte, selbständige Vermögen, das des Mannes und das der Frau, die Ehe begründet weder eine Vermögensgemeinschaft, noch einen Einfluß des einen Ehegatten auf das Vermögen des andern. Kraft der Ehe allein wird an den Vermögensverhältnissen der Ehegatten nichts geändert. Die unmittelbaren vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe sind, abgesehen von der obenerwähnten Wirkungen der Manusehe, lediglich negative, und zwar bestehen sie in folgendem:

1. Hat ein Ehegatte mit Rücksicht auf die bevorstehende Scheidung etwas entwendet, so findet gegen ihn statt der Diebstahlsklagen (§ 94) die *actio rerum amotarum* statt, welche reipersekutorisch ist und im Resultat der *condictio furtiva* gleichsteht.

2. Schenkungen zwischen Ehegatten und den durch *potestas* mit ihnen verbundenen Personen sind verboten (§ 92). Folgeweise kann die Frau weder dem Manne, noch ihren in seiner Gewalt befindlichen Kindern etwas schenken; ebensowenig der Mann ihr oder ihrem Gewalthaber, Bruder, Sklaven usw. Zweck dieses auf Gewohnheitsrecht beruhenden Verbotes (zur Zeit der *l. Cincia* bestand es noch nicht § 92), ist: die Ausbeutung des einen Ehegatten durch den andern zu verhüten, weil diese bei der leichten Scheidbarkeit der Ehe gefährlich war. Jede solche Schenkung ist nichtig, sie mag durch Manzipation, Tradition, Stipulation usw. geschehen sein. Das Verbot bezieht sich aber nur auf Schenkungen *inter vivos;* Schenkungen auf den Todesfall *(mortis causa)* sind erlaubt und giltig. Aber auch verbotene Schenkungen *inter vivos* sollen nach einer *oratio* von Severus und Caracalla nachträglich konvaleszieren, wenn der Schenker stirbt, ohne sie tatsächlich widerrufen zu haben. Sie werden dann so behandelt, als wären sie gleich *mortis causa* gemacht worden.*)

Weiteren Einfluß als diesen rein negativen; hat die Ehe an und für sich nicht. Positive Vermögensänderungen (wieder abgesehen von der schon oben erwähnten Wirkung der Manusehe) werden durch die Ehe nur mittelbar herbeigeführt, insofern in ihr der Anlaß liegt, mit Bezug auf die Bedürfnisse der Ehe die Vermögensverhältnisse durch besondere Rechtsgeschäfte abzuändern. Auf solchen die Förderung des ehelichen Wesens bezweckenden Geschäften beruhen die *dos* und die *donatio propter nuptias.* Abgesehen von obigen negativen Rechtswirkungen gibt es daher nach römischem Recht nur ein vertragsmäßiges, kein gesetzliches eheliches Güterrecht.

---

*) Mit dem Schenkungsverbot steht im Zusammenhang die sog. *praesumptio Muciana*, d. h. die Vermutung, daß derjenige Erwerb der Ehefrau, dessen Provenienz ungewiß ist, auf einer Zuwendung von Seite ihres Ehemannes beruht.

§ 110.

Die *dos*.

Ulp. VI; Gai. II, 62, 63; Gell. *noct. att.* IV, 3; pr. J. *quib. al.* II, 8; l. 1. C. *de rei ux.* V, 13; § 29. J. *de act.* IV. 6.

Nur der Mann, nicht die Frau trägt die Lasten der Ehe. Diese sind rechtlich nur ein *onus* des Vermögens des Mannes (oder wenn er selber *filiusfamilias* ist, seines Gewalthabers). Dies ist eine Nachwirkung der Manusehe, in welcher ein selbständiges Vermögen der Frau gar nicht vorkommen konnte, so daß in derselben nur ein Vermögen des Mannes (bezw. seines Gewalthabers) möglich war. Hatte die Frau zur Zeit ihrer *conventio in manum* als *mulier sui iuris* ein Vermögen, so ging dieses, wie wir gesehen haben (§ 109), *ipso iure* auf den Mann (bezw. dessen Gewalthaber) über.*) Aber auch darüber hinaus verlangen im Interesse der Frau, Sitte und Anstand von jeher, daß auch von ihrer Seite etwas zur Bestreitung und Erleichterung der ehelichen Lasten beigetragen werde. Erfolgt dieser Beitrag in der Art, daß von Seite der Frau her das Vermögen des Mannes der *onera matrimonii* wegen vermehrt wird, so ist dies eine *dos*. Die *dos* ist somit kein besonderer „Fond" für eheliche Zwecke, Fond für diese ist und bleibt (auch in der freien Ehe, in welcher ein besonderes Vermögen der Frau, neben dem des Mannes möglich war) nur das Vermögen des Mannes, die *dos* ist nur eine Verstärkung und Vermehrung dieses Vermögens *ad sustinenda onera matrimonii* von Seite der Frau her, sie wird daher ein Bestandteil des Vermögens des Mannes. Die *dos* ist immer eine Gabe im Interesse und wegen der Frau, nicht aber notwendig eine Gabe von der Frau. Eine *dos* konnte schon bei der Manusehe (sowohl einer *filiafamilias,* als einer *mulier sui iuris)* vorkommen, hier aber nur vom Vater der Frau oder von einem Dritten bestellt werden,**) während sie bei der freien Ehe auch von Seite der Frau selbst, aus ihrem Vermögen, bestellt werden kann. Verpflichtet die Frau zu dotieren ist ihr väterlicher Aszendent. Die von diesem in Erfüllung dieser Pflicht bestellte *dos* ist die *dos profecticia,* Jede andere *dos,* sie mag von einem Dritten oder von der Frau selbst bestellt sein, ist eine *dos adventicia.* Der Mann hat einen Rechtsanspruch auf Bestellung einer *dos* nicht, weder gegen die Frau, noch gegen ihren Aszendenten; die Dotationspflicht des letzteren besteht nur der Frau, nicht ihrem Manne gegenüber.

A. Jede *dos* setzt eine rechtsgiltige Ehe voraus: *nulla dos sine matrimonio.* Sie entsteht immer erst mit der Ehe, sollte auch die Bestellung schon vor derselben erfolgt sein.

*) Das Aktivvermögen der *mulier sui iuris,* welches dem Ehemann durch die *conventio in manum* der letzteren *ipso iure* zufiel (§ 109) war keine *dos;* war aber wohl mit dieser zusammen unter der Bezeichnung *res uxoria* begriffen.

**) Das von der Frau nicht zur *dos* gegebene Vermögen heißt Parafernalvermögen, *παραφέρνα.* Es ist durchaus selbständiges Vermögen der Frau (§ 109).

B. Jede *dos* bedarf einer Bestellung *(constitutio dotis)*. Meist erfolgt diese durch *datio dotis*, d. i. durch *mancipatio*, *traditio* oder in *iure cessio* einer Sache *dotis causa*, durch Bestellung einer Servitut, z. B. eines Usus-fruktus *dotis causa* (§ 62) usw. Sie kann aber auch durch bloßes Versprechen erfolgen, u. zw. durch *promissio dotis*, *dictio dotis* oder *pollicitatio dotis*. Die *promissio dotis* ist Bestellung einer *dos* in Stipulationsform. Die *dictio dotis* ist solenne mündliche Zusage einer *dos*, in der Form: 100 *tibi doti erunt* (§ 82). Während durch *promissio* jeder eine *dos* bestellen kann, kann die *dictio* nur vom väterlichen Aszendenten der Frau oder von dieser selbst oder von ihrem Schuldner (über Delegation der Frau, § 103) vorgenommen werden. Die *dictio* durch eine andere Person ist ungiltig. Die *pollicitatio* endlich ist das formlose Dosversprechen *(pactum legitimum*, § 92), welches erst in der christlichen Kaiserzeit für klagbar erklärt wurde. In jedem dieser Fälle entsteht die *dos* schon durch die *promissio*, *dictio* oder *pollicitatio* und nicht etwa erst durch die Erfüllung des Versprechens. Dotalobjekt ist das Forderungsrecht, welches der Mann dadurch gegen den Versprechenden erhält. Die Klage, durch welche dieses geltend gemacht wird, richtet sich nach dem Gegenstand des Versprechens (§ 76). Die wohl aus dem griechischen Recht herübergenommene *dictio* hat das Justinianische Recht beseitigt, Durch Versprechen kann jetzt die *dos* nur mehr mittelst *promissio* oder *pollicitatio* bestellt werden.

Datio dotis und Versprechen sind aber nur die Hauptbestellungsarten der *dos;* denn eine solche kann auch noch in anderer Weise z. B. durch Zession einer Forderung, *acceptilatio dotis causa, legatum dotis constituendae causa* usw. bestellt werden.

C. Die *dos* wird Bestandteil des Vermögens des Mannes (bezw. seines Gewalthabers). Je nach der Art der gewählten Vermögensvermehrung ist die rechtliche Stellung des Mannes zur *dos* verschieden. Sind Sachen *dotis causa* gegeben, so wird er Eigentümer oder, falls der Besteller selber nicht Eigentümer war, doch Usukapionsbesitzer; ist ihm ein Usufruktus *dotis causa* bestellt, so wird er Usufruktuar, ist ihm eine Forderung zediert, so wird er Zessionär, ist ihm *dotis causa* etwas promittiert, wird er Gläubiger, während endlich im Falle der *acceptilatio* die *dos* in seiner Befreiung von der erlassenen Schuld besteht. Ist der Mann Eigentümer, so hat er alle Befugnisse eines solchen. Sein Eigentum ist (abgesehen von dem gleich zu erwähnenden *fundus dotalis)* kein beschränktes; denn daß er seit dem sechsten Jahrhundert d. St. nach Auflösung der Ehe zur Rückgabe der *dos* verpflichtet ist *(lit D.)*, ist keine Eigentumsbeschränkung, sondern nur eine obligatorische Verpflichtung (§ 41 a. E.). Als Eigentümer hat er insbesondere auch die *alienandi potestas*. Davon hat erst die *lex Julia de adulteriis* eine Ausnahme, aber nur betreffs des *fundus dotalis*, statuiert, indem sie jede Veräußerung desselben (totale oder partielle) ohne Zustimmung der Frau

verbietet und für nichtig erklärt *(lex perfecta)*. Verpfändungen des Dotalgrundstücks sollen sogar *consentiente muliere* nichtig sein. Dieses Veräußerungsverbot, welches allerdings eine Eigentumsbeschränkung involviert, gilt im Justinianischen Recht zweifellos nicht nur für *praedia Italica*, sondern für alle Arten von Grundstücken. Justinian hat es dahin verschärft, daß fortan nicht bloß Verpfändungen, sondern alle Veräußerungen, auch wenn sie *consentiente muliere* vorgenommen werden, nichtig sein sollen. Das Veräußerungsverbot ist im Interesse des Rückforderungsrechtes der Frau aufgestellt; daher fällt es dort weg, wo ein solches Recht nicht besteht oder nicht auf den *fundus*, sondern statt desselben auf eine vereinbarte *aestimatio* gerichtet ist *(dos aestimata venditionis causa)*.

D. Das dem Manne je nach Verschiedenheit der Dotalobjekte zustehende Recht richtet sich in seiner Dauer nach den für dasselbe geltenden Grundsätzen. Eigentum, Ususfruktus z. B. erlöschen auch im Fall der *causa dotis* erst dadurch, daß solche Tatsachen eintreten, welche an sich Aufhebungsgründe dieser Art von Rechten sind. Eine solche Tatsache ist die Auflösung der Ehe an sich nicht. Trotz derselben dauert daher das Eigentum des Mannes an den Dotalsachen fort; desgleichen sein Ususfruktus, wenn nicht die Ehe durch seinen Tod gelöst wird, weil Tod des Usufruktuars Erlöschungsgrund des Ususfruktus ist. Die Auflösung der Ehe an und für sich hat für die *dos* nur die Wirkung, daß der Mann (bezw. sein Gewalthaber) jetzt verpflichtet ist, die *dos* zu restituieren. Diese Verpflichtung ist aber nur obligatorischer Natur. Sie wird erfüllt durch die Restitution, welche nach Verschiedenheit der Dotalobjekte durch Rückübertragung des Eigentums (mittelst *mancipatio, traditio* usw.), durch Verzicht auf den Ususfruktus, durch Rückzession der Forderung usw. vollzogen wird. Diese mit Auflösung der Ehe entstehende *obligatio de reddenda dote* umfaßt nur die Substanz der *dos*, nicht auch den auf die Zeit der Ehe fallenden Ertrag, dieser verbleibt dem Manne. Wegen dieser Obligation haftet der Mann betreffs der Dotalobjekte auch schon *durante matrimonio* für *culpa in concreto*. Für die *obligatio de dote reddenda* bestehen besondere Restitutionstermine; nach klassischem Recht sind unvertretbare Sachen sofort nach Auflösung der Ehe vertretbare Sachen dagegen in drei Jahresraten *(annua, bima, trima die)* zu restituieren. Das Justinianische Recht hat dies dahin geändert, daß sofort nach Auflösung der Ehe bloß unbewegliche Sachen restituiert werden müssen, während für bewegliche Sachen eine Jahresfrist zugestanden ist; nach Ablauf derselben ist die *dos* mit 4 Prozent des Schätzungswertes zu verzinsen.

Das Rückforderungsrecht bezüglich der *dos* bezw. der *res uxoria* hat nicht von jeher bestanden; vielmehr hat es sich wahrscheinlich erst seit dem sechsten Jahrhundert d. St., infolge Überhandnehmens frivoler Ehescheidungen, herausgebildet. Erst in diese Zeit fallen die Anfänge der *actio rei*

uxoriae,*) welche nicht auf strikte Herausgabe der *dos (res uxoria)* gerichtet war, sondern dem richterlichen Ermessen den weitesten Spielraum ließ. Die Formel der Klage war *in bonum et aequum concepta*, und der Richter hatte bloß auf das «*quod melius aequius*» zu kondemnieren. Die *actio rei uxoriae* hatte viele Eigentümlichkeiten, welche sie gar nicht als eine vermögensrechtliche Klage erscheinen lassen. Zweck derselben war in erster Reihe Sicherung der Subsistenz der Frau.

Die *actio rei uxoriae* geht gegen den Ehemann, bezw. dessen Gewalthaber. Gegen letzteren kann sie auch als *actio adiecticiae qualitatis* (z. B. *de peculio)* angestellt werden.

Nicht so einfach ist die Beantwortung der Frage: wer ist Kläger? Sie richtet sich nach der Art der Auflösung der Ehe und der Beschaffenheit der *dos*.

a) Wird die Ehe durch den Tod der Frau gelöst, so verbleibt die *dos adventicia* dem Manne *(lucro mariti cedit)*, während die *dos profecticia* an den Besteller herauszugeben ist. Doch kann der Mann wegen jedes Kindes aus der Ehe ein Fünftel der *dos profecticia* retinieren.

b) Wird die Ehe dagegen bei Lebzeiten der Frau (also durch Scheidung oder Tod des Mannes) gelöst, so fordert die Frau mit der *actio rei uxoriae* Herausgabe der *dos*. Doch steht diese Klage nur ihr selbst zu; stirbt sie vor Anstellung derselben, so geht die Klage nur dann auf ihre Erben über, wenn der Mann zur Zeit des Todes der Frau bereits *in mora (debitoris)* war, sonst verbleibt auch in diesem Falle die *dos* ihm. Ist die Frau zur Zeit der Auflösung der Ehe eine *filiafamilias*, so steht die Klage ihretwegen dem Vater *adiuncta filiae persona* zu, d. h. er kann sie nur mit Zustimmung der Frau (seiner Tochter) anstellen. Stirbt er früher, so gehört diese *actio rei uxoriae* nicht zu seinem Nachlaß, sondern steht jetzt der Frau allein zu. Betreffs der *actio rei uxoriae* der Frau überhaupt gilt folgendes:

a) Der Mann hat ihr gegenüber gewisse Retentionsrechte, u. zw. kann er *propter mores graviores* (Ehebruch) der Frau ein Sechstel, wegen *mores leviores* dagegen ein Achtel der *dos* retinieren; ist ferner die Ehe durch *culpa* der Frau oder ihres Vaters geschieden, so hat der Mann die *retentio propter liberos*, d. h. er kann wegen jedes Kindes ein Sechstel der *dos*, niemals aber mehr als drei Sechstel retinieren; endlich hat er auch Retentionsrechte wegen der von der Frau entwendeten *(propter res amotas)*, dann wegen der ihr von ihm geschenkten Sachen *(propter res dona-*

*) Dürfen wir aus der Bezeichnung *actio rei uxoriae* schließen, so bezog sich die Klage ursprünglich nicht bloß auf Restitution der *dos*, sondern auch auf Restitution des dem Manne durch die Manusehe *ipso iure* zugefallenen Aktivvermögens der Frau (s. N. * S. 237). Mit dem Zurücktreten der Manusehe verschwindet allmählich dieser eine Bestandteil der *res uxoria* und bleibt nur der zweite Bestandteil: die *dos* übrig. Seitdem sind die Begriffe *dos* und *res uxoria* identisch und die *actio rei uxoriae* nur mehr die Klage auf Restitution der *dos* (Dotalklage).

tas), endlich wegen des Aufwandes, den er im Interesse der *dos* gemacht hat *(propter impensas)*.

β) Von den Restitutionsterminen des klassischen Rechtes war bereits früher die Rede. Wegen *mores graviores* (Ehebruch) des Mannes verliert er selbe ganz, muß also auch vertretbare Sachen sofort nach Auflösung der Ehe restituieren, während er im Falle bloßer *mores leviores* nur eine Frist von sechs Monaten hat.

Die *actio rei uxoriae* ist nur eine Klage aus einem obligatorischen Verhältnis *(actio in personam)*. Statt derselben, welche wie gezeigt, nicht immer zulässig und nur ausnahmsweise vererblich war, konnte eine *actio ex stipulatu* eintreten, wenn der Besteller oder die Frau sich die Rückgabe der *dos* für den Fall der Auflösung der Ehe besonders stipuliert. Die Klage aus einer solchen *cautio rei uxoriae* war eine gewöhnliche, aktiv und passiv vererbliche, vermögensrechtliche Klage, welche dem *stipulator* gegen den *promissor* (Mann oder dessen Gewalthaber) zustand. Die vorerwähnten Retentionen und Restitutionstermine galten bei ihr nicht. Die Haftung des Verpflichteten war hier somit eine strengere.

So stellte sich das Rückforderungsrecht bis auf Justinian. War eine *stipulatio de reddenda dote* geschlossen *(dos recepticia)*, so fand die Stipulationsklage, sonst die dotalrechtliche *actio rei uxoriae* statt. Justinian hat dies dahin geändert, daß er beide Klagen zu einer neuen Klage verschmolz, welche stets allein Anwendung finden soll, es mag die Rückgabe der *dos* stipuliert sein oder nicht. Trotzdem nennt Justinian diese neue Klage auch wieder *actio ex stipulatu*, wohl deswegen, weil sich seine Reform in der Richtung der alten Stipulationsklage bewegte. Wie diese entsteht die neue Klage in jedem Fall der Auflösung der Ehe und ist immer aktiv und passiv vererblich. Ist die Ehe durch den Tod der Frau gelöst, so steht sie ihren Erben zu. Die Retentionen des klassischen Rechtes finden ihr gegenüber nicht statt; in wiefern die Restitutionstermine geändert worden sind, wurde bereits oben gesagt. Die Klage ist rein vermögensrechtlich und eine *actio bonae fidei*.

Weiter hat Justinian seine Dotalklage durch ein gesetzliches Pfandrecht am ganzen Vermögen des Mannes (§ 70) gesichert, und dieses, falls die Dotalklage der Frau zusteht, auch noch zu einem privilegierten erhoben (§ 72). Endlich hat er der Frau auch noch wegen der Dotalsachen gegen jeden Dritten zulässige *actiones in rem (utiles)* gegeben.

§ 111.

Die *donatio propter nuptias*.

§ 3, J. *de donat.* II, 7; l. 2. C. *d. J. D.* V, 12; l. 9. 10. C. *d. pact. conv.* V, 14; C. *de donat. a. n. vel propter n.* V, 3; Nov.; 61. *c.* 1; 97. *c.* 1; 119. *c.* 1.

Schenkungen zwischen Ehegatten waren verboten und ungiltig, zwischen Brautleuten erlaubt und giltig.

Letztere Schenkungen kamen begreiflicherweise im römischen Reich überall, im Orient und Okzident, vor, namentlich seitens des Bräutigams an die Braut. Sie waren bloße Liebesgaben und hatten juristisch den Charakter von *simplices donationes*, die dem gewöhnlichen Schenkungsrecht unterlagen und vom Zustandekommen der Ehe unabhängig waren.

Davon war verschieden eine Schenkung seitens des Bräutigams an die Braut, welche vorwiegend in den orientalischen Gebieten des Reiches herkömmlich war und die als *donatio ante nuptias* bezeichnet wurde.*) Diese war nicht bloße Liebesgabe, sondern verfolgte wesentlich ehegüterrechtliche Zwecke, indem sie bestimmt war, eine Versorgung der Frau im Falle ihrer Verwitwung und ein Mittel der Befestigung der Ehe gegen Scheidung seitens des Mannes zu bilden. Trotz dieses eminent ehegüterrechtlichen Zweckes wurde diese Gabe juristisch doch als Schenkung behandelt, mußte daher gerichtlich insinuiert werden und konnte wegen des zwischen Ehegatten geltenden Schenkungsverbotes (§ 92) nur vor, nicht auch nach Abschluß der Ehe gemacht werden. Sie ging der Bestellung der *dos* voraus, so daß erst nach derselben und im Anschluß an sie die *dos* konstituiert wurde, welche in einem bestimmten Größenverhältnis zu ihr stehen, nach einem Gesetze Valentinians III. nicht weniger als die *donatio a. n.* betragen sollte. Diesbezüglich war der Vorgang häufig der, daß die Braut das, was sie vom Bräutigam als *donatio a. n.* erhielt, diesem sofort wieder als *dos* bestellte, bezw. zurückgab *(donatio a. n. in dotem redacta)*. Über beides *(donatio a. n.* und *dos)* wurden schriftliche Ehepakte errichtet *(dotalia instrumenta)*, welche in den orientalischen Provinzen nach Landesrecht sogar wesentliche Voraussetzung der Rechtsgiltigkeit der Ehe waren.**)

Diese *donatio a. n.* wurde durch Gesetze der Kaiser Justinus und Justinian wesentlich modifiziert. Nachdem schon Justinus die Vermehrung derselben während der Ehe zugelassen hatte, verfügte Justinian, daß sie überhaupt erst nach Abschluß der Ehe bestellt werden könne, eximierte sie somit ganz vom Schenkungsverbot zwischen Ehegatten und befreite sie später auch von der für Schenkungen vorgeschriebenen Insinuation (§ 92). Im Zusammenhang damit sollte sie fernerhin nicht mehr *donatio ante n.*, sondern *donatio propter nuptias* heißen. Fortan muß sie dem Betrage nach der *dos* gleich sein. Auch jetzt ging sie der Bestellung der *dos* gewöhnlich voraus (Nov. 119), konnte aber auch erst später als Gegengabe für die *dos (antidos)* bestellt werden. Sie wurde vom Manne der Frau zugesichert, blieb im Eigentum und in der Verwaltung des Mannes, so daß dieser während der Ehe die *dos* und die *donatio p. n.* in der Hand

*) Mitteis a. a. O. 256 fg.; H. Brunner Sitzungsberichte der k. preuß. Akademie der Wissenschaften zu Berlin, XXIX, 1894, S. 545 fg.

**) Durch Nov. Maioriani 9 wurde dies auch für den Okzident bestimmt (458) bald darauf (463) aber von Severus als *iniusta lex* wieder beseitigt.

hatte. Die unbeweglichen Objekte der *donatio p. n.* wurden dem Veräußerungsverbot des *fundus dotalis* (§ 110 *C.*) unterworfen. Die Frau war bezüglich ihrer Ansprüche durch ein gesetzliches Pfandrecht an dem ganzen Vermögen des Mannes gesichert.

Wurde die Ehe durch den Tod des Mannes oder durch eine von ihm verschuldete Scheidung gelöst, so fiel die *donatio p. n.* mit der *dos* an die Frau, welche jedoch, falls Kinder aus dieser Ehe vorhanden waren, daran nur den Nießbrauch und die Verwaltung erhielt, während das Eigentum den Kindern zukam. Wurde anderseits die Ehe durch den Tod der Frau oder durch eine von ihr verschuldete Scheidung gelöst, so verblieb die *donatio p. n.* dem Manne (ebenso als Strafe der Frau wegen schuldhafter Scheidung die *dos*), falls Kinder aus dieser Ehe vorhanden waren, aber auch nur zu Nießbrauch. — Nach beiden Richtungen konnten in den *dotalia instrumenta* nähere Bestimmungen und Modifikationen getroffen werden. Aus dem bisherigen ist auch ersichtlich, inwiefern *dos* und *donatio p. n.* als Scheidungsstrafmittel verwendet wurden.

§ 112.

Die Ehelosigkeit.

Ulp. XIII—XVIII; Gai. II, 286.

In der Zeit des Übergangs aus der Republik in das Kaiserreich war das eheliche Wesen in argen Verfall geraten, Ehelosigkeit und Kinderlosigkeit hatten immer mehr überhand genommen. Dem suchte Augustus durch die im § 7 erwähnten zwei Gesetze: die *lex Iulia de maritandis ordinibus* und die *lex Papia Poppaea* (sog. *novae leges*) zu steuern. Nach den Satzungen derselben sollte fortan jede heiratsfähige Person, Mann wie Weib, in standesmäßiger Ehe leben. Zu diesem Behufe wurde das im § 106, Nr. 3 erwähnte Verbot standeswidriger Ehen aufgestellt. Die Verpflichtung zur Ehe galt für den Mann vom 25. bis zum 60. Lebensjahre, für die Frauensperson dagegen vom 20. bis zum 50. Lebensjahre. Auch Witwen und geschiedene Frauen mußten wieder heiraten u. zw. erstere nach zwei, letztere nach anderthalb Jahren. Nichtbefolgung dieser Vorschriften hatte privatrechtliche Nachteile zur Folge. Der Ehelose *(coelebs)* sollte von dem ihm im Testament eines Dritten Zugedachten (Erbschaft und Legat) gar nichts, der Verheiratete aber Kinderlose *(orbus)* von solcher Zuwendung nur die Hälfte erwerben können; desgleichen waren Ehegatten, welche keine Kinder hatten, im testamentarischen Erwerb voneinander beschränkt. Das, was diese Personen nicht erwerben konnten, wurde, wie sich später zeigen wird, *caducum* und kam den in demselben Testament Eingesetzten, welche verheiratet waren und Kinder hatten *(patres qui in eo testamento liberos habent)*, als Prämie zu (§ 145). In Ermangelung solcher fiel es *ad populum*, später an den Fiskus. Weiter

wurden den mit Kindern Gesegneten außer der vollen testamentarischen Erwerbsfähigkeit auch noch andere rechtliche Vorteile zugewiesen. So konnte, um nur einiges hervorzuheben, der, welcher in Rom drei, in Italien vier, in Provinzen fünf Kinder hatte, sich nach Zulaß dieser Gesetze von einer ihm angefallenen Vormundschaft exkusieren. Frauenspersonen, welche Kinder hatten, wurden *iure liberorum* von der Geschlechtstutel befreit u. zw. setzte dieses *ius liberorum* bei einer *ingenua* drei, bei einer *libertina* vier Kinder voraus u. a. Diese tiefeingreifenden Gesetze, welche namentlich das Erbrecht vielfach modifizierten, hatten, wie begreiflich, das gewünschte Resultat nicht — sie schlugen wesentlich zum Vorteil des Staatsschatzes aus. Spätere Senatuskonsulte modifizierten und ergänzten diese Bestimmungen und suchten Umgehungen der Gesetze vorzubeugen.

Von Konstantin an wurden die Nachteile der Ehe- und Kinderlosigkeit wieder aufgehoben. Die Anschauung war mittlerweile eine andere geworden; Ehelosigkeit galt jetzt in christlicher Zeit als etwas Löbliches. Justinian endlich hob das *ius liberorum* sowie das vorerwähnte Eheverbot ganz auf.

§ 113.

Der Konkubinat.

l. 3, § 1. D. *de concub.* XXV, 7; Paul *Sent.* II, 20, § 1.

Keine Ehe ist der Konkubinat. Darunter versteht man ein auch auf Dauer berechnetes Geschlechtsverhältnis, welches sich von der Ehe durch den Mangel der *affectio maritalis* auf Seite des Mannes unterscheidet. Er will die Frauensperson nicht als *uxor*, sondern nur als Konkubine. Solche Verhältnisse wurden herkömmlich bloß mit Frauenspersonen niederen Standes, namentlich mit Freigelassenen eingegangen. Seit der Gesetzgebung des Augustus *(lex Iulia de maritandis ordinibus* und *lex Iulia de adulteriis)* ist der Begriff des Konkubinats insoferne schärfer abgegrenzt, als jetzt außereheliche Verbindungen mit einer ehrbaren Frauensperson als *stuprum* gestraft werden. Straflos sind jetzt außereheliche Verbindungen nur, wenn sie mit einer Frauensperson eingegangen werden, die der Mann nach dem Julisch-Papischen Gesetz wegen des Ehehindernisses der Standesverschiedenheit nicht ehelichen soll (§ 106, 3). Insofern heißt es vom Konkubinat, daß er *extra legis (Iuliae de adulteriis) poenam* ist. Mit einer *honesta femina* eingegangen, begründet er *stuprum*; später hat man aber auch eine solche Verbindung dann vom *stuprum* eximiert, wenn die *honesta femina* trotz ausdrücklicher *testatio* des Mannes, daß er sie nur zur Konkubine nehme, doch das Verhältnis mit ihm eingeht. Der Konkubinat ist kein Rechts-, sondern nur ein tatsächliches Verhältnis, das insoferne als geduldet erscheint, als es nicht unter die Strafen des *stuprum* fällt. Die Kinder aus solcher Verbindung sind uneheliche Kinder. Erst in später Kaiserzeit wird für sie die Bezeichnung *liberi naturales* gebraucht (unter

welchem Ausdruck man in klassischer Zeit vorzugsweise die *ex contubernio* (§ 106) verstand), und wird ihnen die Möglichkeit der Legitimation und sogar ein beschränktes Intestaterbrecht gegen den Vater (in Ermangelung einer Ehefrau und ehelicher Deszendenz desselben, sonst nur ein Alimentationsanspruch) zugestanden.

Mehrfacher Konkubinat, Konkubinat zwischen nahen Verwandten oder mit einer Unmündigen *(incestus)*, endlich Konkubinat neben der Ehe waren nicht geduldet. Erst im neunten Jahrhundert wurde der Konkubinat ganz verboten.

§ 114

Die *patria potestas:* Wesen und Inhalt.

Coll. leg. Mos. IV: 7, 8; l. 1. C. *de his q. par.* IX, 17; Gai. I, 132; l. 2. C. *de patr.* p. IV, 43; Gai. IV, 75, 79; pr. J. *quib. n. e. perm.* II, 12; § ult. J. *de mil. test* II, 11; § 1. J. *per quas v.* II, 9.

Die *patria potestas* ist die rechtliche Gewalt des Familienhauptes *(paterfamilias)* über die zu seiner zivilen Familie gehörigen Kinder, Sohneskinder usw. Solange sie dauert, sind Kinder- und Sohneskinder dem Gewalthaber ebenso untertan wie die Sklaven. Der Unterschied ist aber immer der, daß der Sklave rechtlich Sache, das Hauskind dagegen Person ist, daß seine Untertänigkeit nur eine Folge der *patria potestas* ist, daher auch mit Erlöschung derselben von selbst aufhört. Das Kind wird bei natürlicher Fortentwicklung der Familie mit dem Tode des Vaters *sui iuris*, was beim Sklaven und den nach Sklavenrecht behandelten Freien *(in causa mancipii* § 117*)* nicht der Fall ist. So lange aber die *patria potestas* besteht, tritt ein Unterschied zwischen Kind und Sklaven in privatrechtlicher Hinsicht kaum hervor (§ 32). Wie bezüglich jedes Hausuntertänigen hat der *paterfamilias* auch über das Kind das *ius vitae ac necis*. Dieses ist, wie beim Sklaven, rechtlich unbeschränkt. Nur einen gewissen tatsächlichen Schutz gegen Mißbrauch desselben gewährte die nach alter Sitte übliche Zuziehung von Beratern, die *nota censoria* und endlich das geistliche Recht, welches Ausschreitungen für Sünde erklärt. Wie den Sklaven kann ferner der Vater auch das Kind verkaufen. Er übt dieses *ius vendendi* durch *mancipatio* des Kindes (§ 39), durch welche dieses, je nachdem es in die Fremde oder innerhalb des Gemeinwesens verkauft wird, entweder in wahre Sklaverei oder in das der Sklaverei analoge Verhältnis der *causa mancipii* (§ 117) kommt. Solcher Verkauf, durch den das Familienglied als Vermögensobjekt ausgenützt wird, mag nicht selten vorgekommen sein. Noch die XII Tafeln kennen ihn, mißbilligen ihn aber bereits durch die Strafbestimmung: *pater si filium ter venumdedit, filius a patre liber esto.* Dreimaliger Verkauf hat jetzt Verlust der *patria potestas* zur Folge. Später, als mildere Sitten aufkamen, wurde von diesem *ius vendendi* nur mehr besonderer juristischer Zwecke wegen Gebrauch ge-

macht. Nicht mehr ernstlich, sondern bloß *dicis gratia* wurde das Kind manzipiert, wie wir das bei den Rechtsgeschäften der Adoption und Emanzipation sehen werden (§§ 115, 116). Aber doch war ernstlicher Verkauf nicht ganz abgekommen. Noch Konstantin gestattet den Verkauf neugeborener Kinder *(sanguinolenti)* aber nur mehr *propter nimiam pauper-tatem*. — Endlich hat der Vater auch bezüglich des Kindes, wie bezüglich des Sklaven, das Recht der *noxae deditio* (§ 101). Dadurch konnte das Kind noch in klassischer Zeit seiner *noxa* wegen dauernd dem *mancipium* (§ 117) des Verletzten überantwortet werden. Erst eine spätere Milderung ist es, daß der Inhaber des *mancipium* dann, wenn das Kind ihm soviel erworben hat, *quantum damni dedit*, zur Manumission desselben gezwungen werden kann. Erst im Justinianischen Recht ist das *ius noxae dationis* bezüglich der Kinder ganz beseitigt worden (§ 101). Aber auch das *ius vitae ac necis* ist allmählich ganz abgeschafft worden. Schon Hadrian strafte Tötung des Sohnes mit Relegation; Alexander Severus gestattete dem Vater nur mehr ein Züchtigungsrecht, strengere Ahndung sollte auch über Hauskinder nur mehr die Obrigkeit verhängen; Konstantin endlich erklärte die Tötung des Kindes geradezu für *parricidium*. Hiemit war das *ius vitae ac necis* gefallen. Das, was übrig blieb, war nur eine Züchtigungs- und Erziehungsgewalt des Vaters, also das, was das *ius gentium* unter väterlicher Gewalt verstand.

Dem Kinde gegenüber setzt der Vater seine *potestas* mittelst direkten privaten Zwanges durch; eine Klage des Vaters gegen das Kind gibt es nicht, diese ist durch das Subordinationsverhältnis ausgeschlossen. Nötigenfalls kann der Vater *extra ordinem* die Hilfe der Obrigkeit in Anspruch nehmen. Wird ihm das Kind von einem Dritten vorenthalten, so hat er gegen diesen kraft der *potestas* in alter Zeit die *vindicatio filii*, später das *interdictum de liberis exhibendis* auf Vorführung des Kindes. Daraufhin kann der Vater das Kind wegführen; hindert ihn der Dritte daran, so hat er jetzt gegen ihn das prohibitorische *interdictum de liberis ducendis* (§ 108). Ist endlich die Frage streitig, ob eine faktisch unabhängige Person *filius-familias* eines andern sei, so findet ein *praeiudicium* statt, welches von der einen wie andern Seite herbeigeführt werden kann. Macht endlich der faktisch in der Gewalt Stehende seine Unabhängigkeit geltend, so führt dies zu einer *extraordinaria cognitio* des Magistrats (§ 158).

Auch in vermögensrechtlicher Hinsicht war die Stellung des Hauskindes im ganzen der des Sklaven gleich. Wie dieser war es (freilich nur *durante patria potestate*) aktiv vermögensunfähig. Jede Erwerbshandlung, die es vornahm, wirkte, wie die des Sklaven, *ipso iure* für den Gewalthaber. (Über Verpflichtungen siehe §§ 100, 101). Dieser Vermögensunfähigkeit widerspricht es nicht, daß das Hauskind vom Vater ein *peculium* erhalten kann, denn das gleiche kann auch beim Sklaven vorkommen. Das *peculium* besteht da wie dort in dem *quod pater vel dominus filium suum*

vel servum pro suo tractare arbitrio patitur, es ist mit anderen Worten ein Sondergut, welches der Gewalthaber dem Sohne oder Sklaven zu mehr oder minder freier Verwaltung und zum Genuß einräumt (doch dürfen diese, selbst wenn ihnen besonders sog. *libera administratio* konzediert ist, davon nichts verschenken). Trotz dieser *concessio peculii* wird es aber rechtlich nicht Vermögen des Sohnes oder Sklaven — denn beide sind rechtlich vermögensunfähig, daran kann auch der Vater nichts ändern — sondern bleibt Bestandteil des Vermögens des Gewalthabers. Nur tatsächlich ist es *quasi patrimonium filii vel servi,* ohne daß diese jedoch irgend ein Recht an dem oder auf das *peculium* hätten. Es ist das bloß eine Konzession des Gewalthabers, die dieser beliebig jeden Moment zurücknehmen kann. Stirbt der Sohn oder Sklave, so fällt das *peculium* an den Gewalthaber zurück, stirbt dieser Gewalthaber, so fällt es nicht etwa an den Sohn, sondern ist als Bestandteil des väterlichen Vermögens Teil des väterlichen Nachlasses. Emanzipiert der Gewalthaber den Sohn oder manumittiert er den Sklaven, ohne das *peculium* zurückzuhalten, so gilt es als geschenkt und wird *patrimonium* des Emanzipierten, bezw. Freigelassenen. Welche Bedeutung das *peculium* für die Gläubiger des Sohnes oder Sklaven hat, siehe § 100, I, *B.*

Also auch auf dem Gebiete des Vermögensrechtes Gleichheit zwischen Hauskind und Sklaven, da wie dort Vermögensunfähigkeit. Vom Beginn der Kaiserzeit an tritt aber dagegen eine wesentliche Reaktion ein, welche dahin führt, daß schrittweise eine rechtliche Vermögensfähigkeit der Hauskinder — nicht auch der Sklaven und der *in mancipio* — anerkannt wurde.

Zuerst war das der Fall zu Gunsten des *filiusfamilias miles.* Was ein solcher *in castris,* später auch *occasione militiae* erwarb, das sollte er wie ein *paterfamilias* haben u. zw. insbesondere darüber auch ein Testament errichten können (§ 129). Dieses sog. *peculium castrense* war jetzt rechtlich Vermögen des *filiusfamilias* und nicht mehr des Gewalthabers. Nur wenn der Sohn ohne Testament verstarb, fiel es so, als wenn es ein *peculium* wäre, an den Gewalthaber. Später wurde auch das beseitigt und bestimmt, daß in solchem Falle nicht mehr Heimfall *iure peculii* an den Vater, sondern Intestatbeerbung des Sohnes eintreten solle. Dadurch ist jeder rechtliche Zusammenhang dieses Erwerbes mit dem Vater gelöst, weshalb es sich empfiehlt, dieses Vermögen nicht mehr als *peculum castrense,* sondern als *bona castrensia* zu bezeichnen. Die Grundsätze des kastrensischen Erwerbes wurden dann in nachdiokletianischer Zeit auf den Erwerb ausgedehnt, den das Hauskind zwar nicht als Soldat, aber doch vermöge anderer öffentlicher Stellung als Staats- oder Hofbeamter, als Geistlicher, endlich durch kaiserliche Schenkung machte. Dieses sog. *peculium quasi castrense* ist, wie das *castrense,* auch Vermögen des Kindes (nicht des Vaters) u. zw. solches, über das es auch testieren (§ 129) kann.

Dieser kastrensische und quasikastrensische Erwerb war im ganzen durch eine öffentliche Stellung des Kindes bedingt. Später wies man aber dem Hauskinde als solchem, d. h. ohne Rücksicht auf seine Stellung, andern Erwerb zu. Zuerst geschah dies durch Konstantin, welcher bestimmte, daß die *bona materna*, d. i. die mütterliche Erbschaft, dem Kinde selbst zufallen sollen. Honorius und Arcadius erstreckten dies auf die *bona materni generis*, d. i. auf jeden Erwerb von mütterlicher Seite, Theodos und Valentinian auch auf die *lucra nuptialia*, d. h. auf den Erwerb der *dos* und der *donatio propter nuptias*, Justinian endlich auf jeden Erwerb, den das Hauskind von einem Dritten macht. Dem Vater fällt jetzt nur mehr der Erwerb zu, den das Hauskind *ex re vel ex substantia patris* macht. Jeder andere Erwerb fällt dem Kinde selbst zu. Man bezeichnet diesen Erwerb des Kindes, im Gegensatz zu den *bona castrensia vel quasi*, welche aufrecht bleiben, als die *bona adventicia*. Die Stellung des Hauskindes zu diesen ist aber eine andere als wie die zu den *bona castrensia vel quasi*. Zwar wird das Kind auch Eigentümer (Subjekt) der *adventicia*, hat aber betreffs derselben nicht die Stellung eines *paterfamilias* und kann daher betreffs dieser Güter kein Testament errichten (§ 129), nicht einmal mit Zustimmung des Vaters. Überdies hat der Vater an den *bona adventicia* regelmäßig *iure patriae potestatis* kraft des Gesetzes den *ususfructus* (§ 63) und die Verwaltung. Dies sind die *bona adventicia regularia (ordinaria)*. Ausnahmsweise können aber auch Genuß und Verwaltung dem Hauskinde selbst zustehen, wie z. B. dann, wenn der Dritte, der dem Kinde den Erwerb zuwandte, *ususfructus* und *gubernatio* des Vaters ausschloß, oder wenn das Kind den Erwerb gegen den Willen des Vaters gemacht hat. Dann spricht man von *adventicia irregularia (extraordinaria)*.

Fassen wir das zusammen, so ergeben sich bezüglich des Erwerbes der Hauskinder drei Massen: die *bona castrensia vel quasi*, betreffs deren das Kind (ohne *paterfamilias* zu sein) rechtlich die Stellung eines *paterfamilias* hat. Nur über sie kann es testieren. Sodann das, was das Hauskind *ex re vel ex substantia patris* erwirbt; diese Masse fällt nach den Grundsätzen des alten Rechtes *ipso iure* an den Vater, wird daher Bestandteil des väterlichen Vermögens. Endlich als dritte Masse die *bona adventicia (regularia* und *irregularia)*, d. h. jeder Erwerb, der weder kastrensischer oder quasikastrensischer ist, noch *ex re vel ex substantia patris* herrührt. Auch dieser ist Vermögen des Kindes, ohne daß dieses jedoch darüber ein Testament errichten könnte. *Bona castrensia vel quasi* und *adventicia* können möglicherweise bei demselben Kinde vorkommen. Beide sind rechtlich Vermögen des Kindes, aber doch verschiedener Art. Außerdem kann aber auch jetzt noch das Kind vom Vater ein *peculium* erhalten, welches nur tatsächlich Vermögen des Kindes ist, rechtlich aber Bestandteil des väterlichen Vermögens bleibt. Im Unterschied von dem sog. *peculium castrense* ve-

quasi (bona castrensia vel quasi) nennt man dieses echte *peculium, peculium profecticium.*

Überblicken wir diese Entwicklung, so ist das Ergebnis das: sie beginnt mit der aktiven Vermögensunfähigkeit des Hauskindes und schließt mit der Vermögensfähigkeit desselben. Meist wird der Erwerb des Kindes diesem selbst, sei es als *bona castrensia vel quasi,* sei es als *bona adventicia,* zufallen. An den Vater fällt nur mehr der Erwerb, den das Kind mit den Mitteln des Vaters macht.

§ 115.

Entstehung der *patria potestas.*

Gai. I, 55—108; Ulp. V, VIII; J. *de patr.* p. I, 9; *de adopt.* I, 11.

I. Normal wird die *patria potestas* begründet durch Erzeugung von Kindern im *legitimum matrimonium,* es mag dies eine Ehe mit oder ohne *manus* sein. Die in solcher Ehe erzeugten Kinder fallen mit ihrer Geburt *ipso iure* in die *patria potestas*)* und in die zivile Familie ihres Vaters *(pater est, quem nuptiae demonstrant,* § 30), oder, wenn dieser selbst noch *filiusfamilias* ist, seines Gewalthabers. Entscheidend ist nur die Konzeption während der Ehe, ob auch die Geburt noch während der Ehe erfolgt, ist gleichgiltig. Auch das erst nach Auflösung der Ehe geborne Kind fällt noch in die *potestas* seines Vaters, wenn seit der Auflösung noch nicht zehn Monate abgelaufen sind. Lebt der Vater zur Zeit der Geburt nicht mehr, so entsteht natürlich keine *patria potestas,* das Kind wird *sui iuris,* gehört aber doch zur Familie des Vaters.

Die im *matrimonium iuris gentium* erzeugten Kinder fallen nicht in die römische *patria potestas* ihres Vaters (§ 108), umsoweniger uneheliche Kinder (§ 30). Doch kann auch betreffs ihrer die *patria potestas* als unmittelbare *(A)* oder mittelbare *(B)* Folge gewisser zunächst anderer Zwecke wegen vorgenommener Rechtsakte nachträglich entstehen:

A. Die im *matrimonium iuris gentium* erzeugten Kinder fallen nachträglich in die *patria potestas* infolge sog. *causae probatio* oder *erroris causae probatio.*

1. Die *causae probatio* ist solchen Freigelassenen gestattet, welche nach der *lex Aelia Sentia* durch die Manumission bloß *Latini* geworden sind (§ 28, II., III.). Nach Zulaß des Gesetzes können diese sich nämlich die Zivität nachträglich dadurch verschaffen, daß sie eine *Latina* oder *civis Romana* heiraten und vor sieben Zeugen *(cives Romani puberes)* erklären, daß sie dies im Sinne der *lex Aelia Sentia* behufs künftiger Erlangung der Zivität tun. Wird ihnen dann aus dieser Ehe ein Kind geboren

*) Die Juristen erwähnen nur mehr das *procreare* und *nasci iustis nuptiis.* Nach altem Recht war aber noch das *tollere filium* seitens des Vaters, das Aufheben und Aufnehmen des neugeborenen Kindes zur Begründung der *patria potestas* erforderlich.

und ist dieses ein Jahr alt geworden *(anniculus)*, so können sie jetzt vor der Obrigkeit (Prätor oder Provinzialstatthalter) das Vorhandensein dieser Umstände konstatieren *(causam probare)*. Erkennt die Obrigkeit diesen Nachweis als erbracht an, so erlangt hiemit kraft des Gesetzes der Probant *(Latinus)* und, wenn Frau und Kind nicht schon die Zivität haben, auch diese die Zivität. Zugleich fällt immer kraft des Gesetzes das Kind jetzt in die *patria potestas* des Probanten.

2. Die *erroris causae probatio* war nach einem Senatuskonsult hauptsächlich dann zulässig, wenn ein *civis Romanus* eine *Latina* oder *peregrina* in der irrigen Meinung geheiratet hatte, daß selbe eine *civis Romana* sei. Desgleichen umgekehrt dann, wenn eine *civis Romana* einen *Latinus* oder *peregrinus*, den sie für einen *civis Romanus* hielt, geehelicht hatte. War aus solcher Ehe dann ein Kind geboren, so konnte der *civis Romanus*, beziehungsweise die *civis Romana*, vor der Obrigkeit *erroris causam probare*. Dadurch, daß die Obrigkeit den Irrtum als gerechtfertigt erkannte, erlangte der andere Ehegatte, beziehungsweise auch das Kind die Zivität; zugleich fiel letzteres hiemit *ipso iure* in die *patria potestas* des Vaters.

B. Uneheliche Kinder, aber nur Konkubinenkinder (*liberi naturales*, § 113), erlangen nach der Gesetzgebung der christlichen Kaiser durch nachträgliche Legitimation *ipso iure* die rechtliche Stellung der ehelichen. Die *patria potestas* über sie erlangt ihr Vater daraufhin, aber nicht schon unmittelbar *ipso iure*, sondern nur mittelbar dann, wenn sie damit einverstanden sind. Die zulässigen Legitimationsarten sind: die von Konstantin eingeführte *legitimatio per subsequens matrimonium* (der uneheliche Vater heiratet nachträglich die Konkubine), die Theodosische *legitimatio per oblationem curiae* (der Vater läßt seinen natürlichen Sohn zum *decurio* machen oder verheiratet die Tochter an einen *decurio*), endlich die *legitimatio per rescriptum principis*, welche nur dann gewährt wird, wenn die Ehe mit der Konkubine nicht mehr möglich und keine eheliche Deszendenz vorhanden ist. Das Nichtvorhandensein der letzteren setzt auch die *legitimatio per oblationem curiae* voraus.

II. Die *patria potestas* kann aber auch künstlich durch besonderes darauf abzielendes Rechtsgeschäft geschaffen werden. Dies ist der Fall der Adoption. Der Grundgedanke dieses bei den verschiedensten Völkern vorkommenden Geschäftes ist ein sakraler: Erhaltung der Familie und ihrer *sacra* dort, wo es an der natürlichen Fortpflanzung der Familie fehlt. Das römische Recht hat diesen Grundgedanken nur bei der sog. *arrogatio* bewahrt, während bei der später gebildeten *adoptio* im engeren Sinne kaum mehr etwas davon hervortritt.

A. Beiden Arten der Adoption gemeinsam ist, daß nur eine Mannsperson adoptieren kann, denn nur durch diese wird die Familie fortgesetzt.

Das, was man seit Diokletian Adoption durch eine Frauensperson nennt, ist keine wirkliche Adoption. Denn, wenn der *princeps* einer Frau, deren Kinder gestorben sind, Annahme eines Kindes gestattet, so begründet dies weder *patria potestas* der Frau, noch Angehörigkeit an ihre Familie. Solche Annahme an Kindesstatt erzeugt nur ein gegenseitiges Intestaterbrecht zwischen der sog. Adoptivmutter und dem Kinde, beziehungsweise dessen Deszendenz (§ 136). — Weiter gilt für beide Arten der Adoption der Satz: *adoptio imitatur naturam;* deshalb verlangt man, daß der, welcher sich künstlich-juristisch einen Sohn schafft, wenigstens ehefähig sein muß (verheiratet braucht er dagegen nicht zu sein). In weiterer Verfolgung obigen Gedankens hat man später statuiert, daß der Adoptierende wenigstens 18 Jahre älter sein müsse als das Adoptivkind. Noch bei Gaius ist diese Altersfrage nicht entschieden. — Beide Arten der Adoption bewirken endlich eine *capitis deminutio (familiae mutatio)* des Adoptierten § 33).

B. Dagegen unterscheiden sich *arrogatio* und *adoptio* im engeren Sinne in folgendem:

1. Die *arrogatio* ist die Adoption einer *persona sui iuris.* Sie besteht darin, das ein gewaltfreier Bürger sich der *patria potestas* eines anderen unterwirft und dadurch in die Familie des letzteren eintritt. Sie hat ihre sakrale Grundlage bis in die späteste Zeit bewahrt. Sie setzt vorherige *causae cognitio* und Zustimmung der *pontifices* voraus und erfolgte durch einen staatsrechtlichen Akt nämlich *auctoritate populi* in den Kuriatkomitien (durch eine *lex curiata*). Diese wurden zu diesem Behufe von den Pontifizes berufen und *pro collegio* unter Leitung des *pontifex maximus* abgehalten, welcher hiebei als *rogator* fungiert. Vor Allem frägt er den persönlich anwesenden *adrogator: an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum filium sibi esse;* nach der Bejahung, den *adrogandus: an id fieri patiatur.* Hat auch dieser zugestimmt, so folgt die *rogatio ad populum: Velitis iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius sibi sit, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset. Utique ei vitae necisque potestas siet, uti patri endo filium est: hoc ita, uti dixi, ita vos Quirites rogo.* Darauf wird Antwort erteilt durch Abstimmung. Erklärt sich die Majorität der Kurien für die *rogatio,* so ist hiemit die *adrogatio* vollzogen. Durch dieselbe tritt der Arrogierte samt den in seiner *patria potestas* oder *manus* etwa befindlichen Personen in die *patria potestas, familia* und *gens* des *arrogator,* wird diesem gegenüber *filiusfamilias,* während seine Kinder dem *arrogator* gegenüber *nepotum loco* werden. Zugleich geht sein Aktivvermögen, *per universitatem ipso iure* auf den Arrogator über; die Geschäftsschulden erlöschen durch die *capitis deminutio,* betreffs der Deliktschulden tritt Noxalhaftung des Arrogators ein. So wie bei der *conventio in manum* hilft der Prätor auch hier den Geschäftsgläubigern des *arrogatus* (§ 109).

Mit der Arrogation war notwendig verbunden die *sacrorum detestatio*, d. i. die vor den Komitien abgegebene Erklärung des in die neue Familie und ihre *sacrorum communio* eintretenden Bürgers, daß er aus dem bisherigen sakralen Verband austrete.*)

Besonderer Hervorhebung bedarf noch folgendes:

a) Frauenspersonen und *impuberes* konnten nicht arrogiert werden, erstere mangels der *comitiorum communio*, letztere mangels der Verfügungsfähigkeit über ihr *caput*. Seit Antoninus Pius hat man aber auch die Arrogation eines *impubes* unter gewissen Kautelen zugelassen. Diese waren: Anerkennung einer *iusta causa* durch die *pontifices*, Kautionsleistung seitens des *arrogans*, dahin gehend:

α) daß er, im Falle der Pupill vor erreichter Mündigkeit versterben sollte, das ihm durch die Arrogation zugekommene Vermögen an diejenigen herausgeben werde, welche ohne die Arrogation die gesetzlichen Erben des Pupillen sein würden; daß er

β) den Pupillen nicht *sine iusta causa* emanzipieren, ihm aber dann jedenfalls das Vermögen, das ihm durch dessen Arrogation zugekommen ist, herausgeben werde.

Außerdem erhielt der Pupill für die Zeit seiner Impubertät ein festes Recht auf den vierten Teil des Nachlasses des Arrogators *(quarta D. Pii.)*.

b) Dem Grundgedanken der Arrogation entsprechend kann man nicht Mehrere *(nisi ex iusta causa)*, sondern nur Einen arrogieren, und muß ferner der Arrogator mindestens 60 Jahre alt sein.

In der späteren Kaiserzeit, nach dem Wegfall der Kurienversammlung, sicher seit Diokletian, erfolgte die Arrogation nicht mehr *populi auctoritate*, sondern *auctoritate principis*, was damit zusammenhängt, daß der Kaiser *pontifex maximus* war. Jetzt konnten auch Frauenspersonen arrogiert werden. So ist die Arrogation ins Justianische Recht übergegangen mit der Modifikation, daß das Vermögen des *arrogatus*, entsprechend der geänderten vermögensrechtlichen Stellung der Hauskinder (§ 114), dem *arrogatus* verbleibt und der Arrogator daran nur den Ususfruktus und die Verwaltung (§ 114) erhält.

2. Die *adoptio* im engeren Sinne ist die Adoption eines Hauskindes. Sie erfolgte in ältester Zeit, solange das Geschlechterrecht noch in voller Kraft war, wahrscheinlich auch nur in den Formen der *arrogatio*. Später bildete die Jurisprudenz im Anschlusse an die XII Tafeln hiefür ein besonderes Privatrechtsgeschäft: die *datio in adoptionem*. Seit dieser

*) Eine Art der *adrogatio* ist die sog. testamentarische Adoption. Die Modifikation besteht darin, daß die Einwilligung des Adoptierenden durch das Testament desselben erfolgt. Dazu kommt dann nach dem Tode des Testators auf Grund des Erbschaftsantritts des Adoptierten die Genehmigung durch die Kurien. So war im Wesen der Vorgang bei der Adoption des G. Octavius durch den Diktator G. Julius Caesar.

Zeit wurde der publizistische Akt der *arrogatio* auf den Fall der Adoption einer *persona sui iuris* eingeschränkt, betreffs welcher das neue Geschäft nicht möglich war. Bereits im sechsten Jahrhundert d. St. ist das neue Geschäft vorhanden. Durch dasselbe können Söhne, Töchter, Enkel usw. in Adoption gegeben werden. Man kann dadurch ferner nicht nur ein Kind, sondern auch mehrere, als Sohn, Tochter, Enkel usw. adoptieren. Das Geschäft besteht aus zwei Hauptakten: der *mancipatio* des Hauskindes und der *vindicatio* desselben. Durch ersteren Hauptakt wird die bisherige *patria potestas* behoben, durch letzteren die neue begründet.

a) Die Verwendung der *mancipatio* zu dem genannten Zweck ist eine rein künstliche. Sie knüpft an obige Strafbestimmung (§ 114) der XII. Tafeln an, derzufolge der Sohn nach dreimaligem Verkauf vom Vater frei sein solle. Deshalb mußte in unserem Falle eine dreimalige *mancipatio* des Sohnes, den man in Adoption geben wollte, vorgenommen werden. Der Vater manzipiert den Sohn einem dritten Vertrauensmann, damit er bei diesem *dicis causa* ins *mancipium* komme. Sofort manumittiert ihn dieser *vindicta*, wodurch der Sohn in die *patria potestas* des Vaters zurückfällt. Unmittelbar im Anschluß daran folgt die zweite *mancipatio* und *manumissio* mit gleichem Resultat. Sofort wird endlich die dritte *mancipatio* vorgenommen. Jetzt ist die Voraussetzung obiger Strafbestimmung eingetreten: der Sohn ist dreimal verkauft und infolgedessen vom Vater frei. Auf diese dritte *mancipatio* folgt keine *manumissio*, denn sonst wäre das Geschäft Emanzipation, nicht *datio in adoptionem*, die beabsichtigt ist. Handelte es sich um die *datio in adoptionem* nicht eines Sohnes, sondern eines andern Hauskindes: einer Tochter oder eines Enkels, so ließ es die spätere Interpretation bei einer einmaligen *mancipatio* bewenden. Schon durch diese galt hier die *patria potestas* als gelöst. Die Manumissionen, welche im ersten Falle nur deswegen vorgenommen wurden, um die Wiederholung der *mancipatio* des Sohnes zu ermöglichen, fielen hier ganz weg.

b) Das Ergebnis des ersten Hauptaktes ist: das Kind ist *in mancipio*, die *patria potestas* des Vaters ist definitiv behoben. Jetzt folgt der eigentliche Adoptionsakt, welcher in der Form der *in iure cessio* durch *vindicatio* vor dem Prätor (daher *adoptio imperio magistratus*) vorgenommen wird. Dem Inhaber des *mancipium* gegenüber vindiziert der *adoptans* das Kind: *aio hunc hominem ex I. Q. filium (nepotem) meum esse.* Der Gegner schweigt dazu, infolgedessen addiziert der Prätor das Kind dem Vindikanten. Hiemit ist die *datio in adoptionem* vollzogen. Das Kind fällt hiemit in die *patria potestas, familia* und *gens* des Adoptivvaters. Auf diese Weise konnte durch reines Privatrechtsgeschäft eine völlige *mutatio familiae* herbeigeführt, ein Patrizier in eine plebejische Familie und umgekehrt gebracht werden, ja sogar auch ein *Latinus*, der, wie das römische Hauskind manzipationsfähig war (*commercium*, § 29), in eine

römische Familie gebracht werden. Das Kind ist nur Objekt des Geschäftes, Zustimmung desselben ist daher nicht notwendig; später hindert jedoch sein Widerspruch die *datio in adoptionem.*

Justinian hat das alte Recht der Adoption wesentlich abgeändert.

a. An die Stelle der geschilderten umständlichen Formalitäten setzte er die bloße Erklärung der *datio in adoptionem* seitens des Vaters vor Gericht, und zwar: *praesente eo, qui adoptatur et non contradicente, nec non eo, qui eum adoptat.*

b) Außerdem ändert er aber auch die Wirkung der Adoption in folgender Weise:

α) Wird ein Kind einem seiner mütterlichen oder (falls der Vater selbst seinerzeit emanzipiert worden war) einem väterlichen Aszendenten in Adoption gegeben, so bleibt es bei den Wirkungen des alten Rechtes. Die Adoption begründet *patria potestas* und *familiae mutatio* (sog. *adoptio plena*).

β) Wird das Hauskind dagegen jemandem anderen *(extranea persona)* in Adoption gegeben (sog. *adoptio minus plena*), so tritt weder ein Wechsel der *patria potestas,* noch der Familie ein. Das Kind bleibt in der Gewalt und Familie seines leiblichen Vaters und erhält kraft der Adoption nur ein Intestaterbrecht gegen den Adoptierenden. In diesem Falle ist somit die Adoption gar nicht mehr Entstehungsgrund der *patria potestas.*

§ 116.

Die Aufhebung der *patria potestas.*

Gai. I, 125—135; Ulp. X; J. *quib. m.*, I, 12

Die *patria potestas* dauert an sich so lange fort, **als der Vater lebt.** Insbesondere erlischt sie nach römischem Recht nicht dadurch, daß das Kind großjährig wird oder sich verheiratet. Sohn oder Tochter bleiben trotzdem in der *patria potestas,* wovon betreffs letzterer nur dann eine Ausnahme eintritt, wenn sie in die *manus* des Mannes kommt (§§ 32, 107). Erst mit dem Tode des Vaters erlischt normal dessen *patria potestas;* dadurch werden die ihm unmittelbar unterstehenden Söhne und Töchter, ebenso die Enkel von einem verstorbenen Sohn sofort *sui iuris.* Das gleiche gilt von den in der *potestas* zurückgebliebenen Kindern eines emanzipierten oder in Adoption gegebenen Sohnes. Dagegen fallen die Kinder lebender noch in der *potestas* befindlicher Söhne mit dem Tode des Gewalthabers *ipso iure* in die *patria potestas* ihres Vaters (§ 32).

Soll die *patria potestas* bei Lebzeiten des Gewalthabers erlöschen, so muß ein besonderer Aufhebungsgrund eintreten. Als solche kommen folgende in Betracht:

A. Ohne Willen des Gewalthabers erlischt die *patria potestas:*

1. Betreffs aller Kinder, durch jede *capitis deminutio* des Gewalthabers (über die *minima* siehe § 115).

2. Bloß betreffs eines oder des anderen Kindes, abgesehen von dem Tode desselben, gleichfalls durch jede *capitis deminutio* des Kindes, ferner dadurch, daß das Kind *flamen Dialis* oder *virgo Vestalis* wird (§ 32), endlich zur Strafe des Vaters nach altem Recht durch dreimaligen Verkauf, nach späterem Recht durch Aussetzung des Kindes oder Verkuppelung der Tochter. Soldateneigenschaft, die höchsten staatlichen Würden (z. B. das Konsulat) beheben die *patria potestas* nicht. Wohl aber haben diese Wirkung nach Justinians Bestimmungen die Erlangung der Bischofswürde und des Patriziats.

B. Vermöge des Willens des Gewalthabers wird die *patria potestas* nur aufgehoben durch das Rechtsgeschäft der Emanzipation. Das alte Recht kannte eine Entlassung des Kindes aus der *patria potestas* überhaupt nicht, Diese ist erst durch die Jurisprudenz ermöglicht worden, und zwar wohl um dieselbe Zeit, in welcher die *datio in adoptionem* aufgekommen ist. Wie diese knüpft auch das Rechtsgeschäft der Emanzipation an die bereits öfter erwähnte Strafbestimmung der XII Tafeln an. Auch sonst ist die Struktur des Geschäftes eine ähnliche. Auch bei der Emanzipation besteht der erste Hauptakt darin, daß das Kind vom Vater vermöge des in seiner *patria potestas* gelegenen *ius vendendi* durch *mancipatio* definitiv in das *mancipium* eines Dritten gebracht wird. Dazu war beim Sohn auch hier dreimalige Manzipation (mit zwei Manumissionen) notwendig, während bei anderen Kindern schon eine *mancipatio* genügte. Hiermit war zwar das Kind *a patre liber*, aber doch beim Dritten *in mancipio*, also *servi loco* (§ 117). Jetzt folgt der zweite Hauptakt, der darin besteht, daß der Inhaber des Manzipiums kraft desselben das Kind vor dem Magistrat *per vindictam* manumittiert (§§ 28, 117). Dadurch wird das Kind gewaltfrei, *sui iuris*. Trotzdem erleidet es anläßlich der Emanzipation stets eine mehrmalige *capitis deminutio*,*) was eine Folge der Manzipationen und Manumissionen ist. Das zivile Familienband ist zerschnitten, das Kind gehört nicht mehr zur Familie seines Vaters. Es ist dort nicht mehr Agnat, es ist *iure civili* jetzt verwandtenlos und der Anfang einer neuen zivilen Familie. Insbesondere ist durch Emanzipation auch das zivile Verhältnis des *emancipatus* zu seinen vor der Emanzipation erzeugten Kindern gelöst, denn diese bleiben in der zivilen Familie des Emanzipators zurück. Und selbst wenn dieser sie gleichzeitig mit ihrem Vater emanzipieren würde, fielen sie doch nicht in die *potestas* des letzteren, sondern würden jedes für sich *sui iuris*, ein Agnationsverhältnis zwischen ihrem Vater und ihnen bestünde nicht, jedes wäre für sich der Anfang einer

*) Daher erlöschen *iure civili* seine Geschäftsschulden (§ 33). Der Prätor gab aber auch gegen den *emancipatus* die Geschäftsklagen *rescissa capitis deminutione* (§§ 109. 161). Exekutionsobjekt war aber dann das ganze Vermögen des *emancipatus*.

neuen besonderen Familie. Dagegen fallen natürlich die nach der Emanzipation erzeugten Kinder in die *patria potestas* des *emancipatus*. Ein Recht auf Emanzipation hat das Kind nicht, auch das großjährige Kind kann die Emanzipation nicht beanspruchen. Ob und wen der Gewalthaber emanzipieren will, steht bei ihm. So kann er z. B. den neugeborenen Enkel emanzipieren, während er den Vater desselben in der *potestas* zurückbehält und umgekehrt. Das Kind ist nur Objekt der Emanzipation, seiner Zustimmung bedarf es nicht.

Der Manumissor *ex causa mancipii* hat als solcher ähnliche Rechte gegen den *emancipatus* wie der Patron gegen den Freigelassenen. Wollte sich diese der Vater sichern, so mußte er sich dem Dritten gegenüber die *remancipatio* des Kindes ausbedingen (§ 69). Dann kommt zu den geschilderten Umwegen noch eine weitere „Krümmung" hinzu. Beim Sohn nach der dritten, bei jedem andern Kind schon nach der ersten Manzipation, remanzipiert jetzt (vermöge des verabredeten Fiduziarverhältnisses) der Dritte das bei ihm definitiv *in mancipio* befindliche Kind dem Vater. Dadurch kommt das Kind beim Vater in die *mancipii causa* und nicht mehr in die *patria potestas*. Es ist bei ihm nicht mehr *filius, nepos,* sondern *servi loco,* und kann daher jetzt von ihm selbst manumittiert werden, was auf Grund der *patria potestas* nicht möglich wäre. Als Manumissor hat dann der Vater die patronatsähnlichen Rechte. Diese besondere „Krümmung" verfolgt daher nur Nebenzwecke, für das Wesen der Emanzipation ist sie nicht notwendig; das Kind wird in beiden Fällen *sui iuris,* es mag die „Krümmung" eingeschlagen worden sein oder nicht.

Justinian hat auch die Emanzipationsform vereinfacht. Unter Abschaffung der bisherigen Umständlichkeiten verlangt er nur Erklärung des Emanzipationswillens durch den Vater vor der kompetenten Obrigkeit, verbunden mit der symbolischen Handlung: des tatsächlichen *a sua manu dimittere* des Kindes. Dieses muß schon der erwähnten Form wegen anwesend sein. — Daneben ließ aber Justinian auch noch die von Anastasius eingeführte Emanzipation *per rescriptum principis* fortbestehen. Widerspruch des willensfähigen Kindes hindert nach späterem Recht jede Emanzipation.

Ein bloßer Verzicht auf die *patria potestas (abdicatio)* ist wirkungslos.

§ 117.

Anhang.

Das *mancipium.*

Gai. I, 123, 135, 140, 141; II, 86, 96, 160; III, 104.

Außer der *manus* und *patria potestas* kennt das römische Recht noch ein drittes Gewaltverhältnis über Bürger und Latinen: das bereits öfter

erwähnte *mancipium (causa mancipii)*. Der *in mancipio* Befindliche behält seinen *status civitatis*, steht aber privatrechtlich doch in einem Knechtschaftsverhältnis; er ist zwar nicht Sklave, aber doch *servi loco*, d. h. er wird privatrechtlich nach Sklavenrecht behandelt, ist mit a. W. Quasisklave. Inhaltlich ist das Manzipium nur eine Erstreckung der *dominica potestas* auf Bürger und Latinen, gehört also eigentlich nicht in diesen Zusammenhang. Da es aber nur ein von der *manus* oder *patria potestas* abgeleitetes Gewaltverhältnis ist, so empfiehlt es sich, selbes im Anschluß an diese Gewalten zu behandeln. Das Manzipium entsteht nämlich nie originär, sondern nur dadurch, daß der, welcher eine Person *in manu* oder *patria potestate* hat, selbe kraft seines *ius vendendi* (§§ 107, 114). einem anderen Bürger verkauft. (Verkauf in die Fremde begründet nicht *mancipium*, sondern *servitus*). Dieser Verkauf erfolgt nicht durch *cöemptio*, sondern wie bei Sklaven durch gewöhnliche *mancipatio* (§ 39). Die Folge jeder solchen *mancipatio* ist eine *capitis deminutio minima*. Ob bezüglich der Ehefrau noch in historischer Zeit ernstlicher Verkauf vorkam, muß dahingestellt bleiben. Ernstlicher Verkauf von Haussöhnen usw. war dagegen gewiß nichts Seltenes in einer Zeit, welche noch keine *locatio conductio operarum* kannte. Beweis dessen die öfter erwähnte Strafbestimmung der XII Tafeln (§ 114). Später jedoch wurden, abgesehen von der *noxae deditio*, auch Hauskinder durch *mancipatio* nicht mehr in ein wirkliches Knechtschaftsverhältnis gebracht, sondern das Manzipium über sie nur als Vorstufe der *datio in adoptionem* und der Emanzipation begründet. Zwar kam das Kind auch jetzt durch die *mancipatio* rechtlich in Sklavenstellung, allein vermöge fiduziarischer Verabredung mit dem „Käufer" nur zu dem Zwecke, damit dadurch die Lösung der *patria potestas* herbeigeführt werde (§§ 115, 116).

Dadurch, daß der Haussohn ins *mancipium* kommt, verliert er sein Bürgerrecht nicht, folgeweise bleibt auch seine Ehe als *legitimum matrimonium* bestehen. Dagegen wird seine Zugehörigkeit zur Familie des Vaters für seine Person sistiert; selbe lebt aber sofort wieder auf, wenn er *ex causa mancipii* manumittiert wird. Hiemit fällt er *ipso iure* wieder in die *patria potestas* zurück. Diese Rückfallsmöglichkeit zeigt, daß sein Zusammenhang mit der väterlichen Familie noch nicht ganz aufgehoben ist; dieses Zusammenhangs wegen fallen auch seine *in mancipio* erzeugten Kinder in die Familie und *patria potestas* seines Vaters. Dies wird anders, sobald der Sohn vom Vater das drittemal ins *mancipium* gebracht wird. Hiedurch erlischt die *patria potestas* ganz, der Sohn ist jetzt dem Vater ein Fremder. Wird er jetzt manumittiert, so wird er *sui iuris*, und auch seine nach der dritten Manzipation erzeugten Kinder fallen nicht mehr in die *patria potestas* und Familie seines Vaters. Nach Labeo's Ansicht fielen auch sie ins *mancipium*, während die Späteren ihre Rechtsstellung als *in pendenti* ansahen; stirbt nämlich ihr Vater *in mancipio*, so werden

sie nach rückwärts (*ex tunc* d. i. vom Tage ihrer Geburt) *sui iuris,* wird er dagegen manumittiert, so fallen sie *ipso iure* in seine *patria potestas.* Wie beim Sohne verhielt es sich im Sinne der XII Tafeln auch bei anderen ins *mancipium* gebrachten Hauskindern. Später hat man aber bei diesen (Nichtsöhnen) behufs Erleichterung der Adoption und Emanzipatim im Falle der *dicis causa* vorgenommenen Manzipation übereinstimmend angenommen, daß hier schon einmalige *mancipatio* die *patria potestas* und Familienangehörigkeit vollständig aufhebe. Denselben Effekt hatte nach der Lehre der Sabinianer die einmalige *mancipatio* überhaupt im Falle der *noxae deditio* (auch des Sohnes), da sie meinten, daß jene *tres mancipationes XII tabularum* nur *ad voluntarias — pertinere.*

In vermögensrechtlicher Hinsicht hat der *in causa mancipii* Befindliche die Stellung des Sklaven; wie dieser erwirbt er *ipso iure* alles dem Herrn; desgleichen werden auch seine Verpflichtungen nach den für Sklaven geltenden Sätzen behandelt worden sein (§§ 76, 100, 101). Auch in erbrechtlicher Hinsicht war er *servi loco,* hatte daher gegen den Herrn kein gesetzliches Erbrecht und konnte wie der Sklave vom Herrn im Testament nur bedacht werden, wenn er gleichzeitig *testamento* manumittiert wurde.

Analog der *dominica potestas* erlischt auch das *mancipium* nicht durch Tod oder *capitis deminutio* des Herrn. Der *in mancipio* Befindliche ist Vermögensobjekt und teilt die rechtlichen Schicksale des übrigen Vermögens des Herrn. Insbesondere wird der Erbe auch sein Herr. Wie die *dominica potestas* erlischt das *mancipium* durch *manumissio: vindicta, censu, testamento.* Die Beschränkungen der *lex Aelia Sentia* und *Fufia Caninia* gelten hier nicht. *Censu* konnte der *in causa mancipii* Befindliche sogar ohne Willen des Herrn frei werden, außer wenn er *noxae causa in mancipio* war, oder der Vater sich die *remancipatio* besonders bedungen hatte. Ist der Quasisklave *civis Romanus,* so bleibt er es auch nach der Manumission. Diese behebt nur die Herrengewalt. Wann er *sui iuris* wird, wann er in die *patria potestas* zurückfällt, ergibt das Frühere. Ist er bloß *Latinus,* so wird er durch die *manumissio civis libertinus.*

Das Justinianische Recht kennt das Gewaltverhältnis des Manzipiums nicht mehr.

§ 118.

Die Vormundschaft. Begriff und Arten.

l. 1, pr. D. *de tut.* XXVI, 1; Cic. *de off.* I, 25; Gell. *noct. att.* V, 13; Ulp. XI, J. *de tut.* I, 13.

Die Vormundschaft ist ein Surrogat für die fehlende hausväterliche Gewalt. Sie bezieht sich nur auf solche Personen, welche nicht der *patria potestas,* der *manus* oder dem *mancipium* unterstehen, also *sui iuris* sind, sofern sie aus persönlichen Gründen ihre Angelegenheiten nicht oder nicht gehörig besorgen können.

Im Sinne des alten Rechtes ist die Vormundschaft eine bloße Familiensache. Sie steht den Familiengenossen zu, welche die gesetzlichen Erben des Mündels sind: den Agnaten, dem Patron, den Gentilen, und bezweckt Erhaltung des Vermögens im Interesse der Familie. Sie ist ein Privatrecht *(ius ac potestas)* des Vormundes, das aber freilich der *fides* gemäß geübt werden soll. In der Reihe der *officia* steht das *officium* des Vormundes obenan. Als Privatrecht kann die Vormundschaft (wenigstens die Tutel) in alter Zeit vindiziert und *in iure* zediert werden, auch tritt betreffs derselben *postliminium* ein. Zu dieser reinen Familienvormundschaft kommt auf Grund der XII Tafeln die testamentarische Tutel, durch welche die Vormundschaft der Familiengenossen ausgeschlossen wird. Später vindiziert sich auch der Staat einen Einfluß dahin, daß er dort, wo es an testamentarischer und Familienvormundschaft fehlt, ergänzend Vormünder bestellt. So tritt neben die alte Familienvormundschaft eine solche, die nicht mehr Familienvormundschaft ist. Von da ausgehend wird allmählich ein Umschwung der Auffassung vorbereitet. Schon Cicero sagt, daß die Vormundschaft *ad utilitatem* des Mündels, nicht des Vormundes bestehe. Dieser Gedanke wird später (abgesehen von der Geschlechtstutel, die ohnedies im Absterben war) zum maßgebenden. Es bildet sich das Institut der staatlichen Obervormundschaft, welches sich in staatlicher Kontrolle der vormundschaftlichen Administration, sowie darin äußert, daß zu Veräußerungen von Mündelgut, endlich zu allen wichtigeren Akten staatliche Genehmigung gefordert wird. Die Vormundschaft wird so schließlich aus einem Privatrecht zu einem öffentlichen Amt *(munus publicum)*, das jeder, den es trifft, übernehmen muß. Dieser Umwandlungsprozeß ist im zweiten Jahrhundert n. Chr. vollendet.

Das römische Recht kennt zwei Arten der Vormundschaft: die *tutela* und die *cura (curatio)*. *Tutela* ist die Vormundschaft über Unmündige und Frauenspersonen; sie ist daher entweder eine *tutela impuberum* oder eine *tutela mulierum* (Geschlechtsvormundschaft). Jede andere Vormundschaft ist eine *cura*, z. B. *cura furiosi, prodigi, minorum*. Charakteristisch für die Tutel ist nicht die Sorge für die Person des Mündels, denn diese kann einerseits dem *tutor* fehlen, anderseits auch dem *curator* obliegen *(cura furiosi)*, sondern das Recht zur *auctoritas*, durch welche die beschränkte Handlungsfähigkeit des Mündels ergänzt wird. Die Vermögensverwaltung kann dem *tutor* fehlen (wie z. B. dem *tutor mulieris)*, das Recht der *auctoritas* nicht. Für die *cura* anderseits ist gerade wieder die Vermögensverwaltung wesentlich, ohne solche kein *curator*. Das Recht der *auctoritas* hat der *curator* dagegen nie, seine Zustimmung zu Geschäften des Mündels ist bloßer *consensus curatoris*, keine *auctoritas*.

In dem Folgenden werden wir zuerst von der *tutela*, und zwar von der *tutela impuberum*, dann von der *tutela mulierum*, endlich von den Fällen der *cura* handeln.

§ 119.

Tutela impuberum. Fähigkeit und Berufung.

Gai. I, 144—187; J. I, 14, 15, 17, 18, 19, 20; 25.

I. Fähig *tutor impuberis* zu sein ist nach älterem Recht jeder Bürger oder *Latinus*, der *pubes* und männlichen Geschlechts ist, auch ein *filius-familias*. Wegen Unmündigkeit oder Geisteskrankheit des Tutors wurde an seiner Stelle ein Ersatzvormund bestellt. Nach späterem Recht sind jedoch unfähig *impuberes* und *minores*, *Latini Iuniani*, Taube, Stumme und Wahnsinnige, desgleichen Soldaten, Bischöfe und Mönche, ebenso Frauenspersonen mit Ausnahme der Mutter und Großmutter des Pupillen.

II. Berufen wird man zur *tutela* entweder durch letztwillige Anordnung, oder unmittelbar durch das Gesetz, oder durch obrigkeitliche Bestellung.

A. Der *paterfamilias* kann den in seiner *patria potestas* befindlichen unmündigen Söhnen und Töchtern im Testament (später auch im konfirmierten Kodizill) einen *tutor* ernennen, desgleichen auch den in seiner *potestas* stehenden Enkeln usw., falls sie nicht durch seinen Tod in die *patria potestas* ihres Vaters fallen. Die Bestellung mußte in klassischer Zeit *certis verbis (imperativis)* erfolgen, *L. Titium liberis meis tutorem do, L. Titius tutor esto.* Nach Justinianischem Recht sind die hiebei gebrauchten Worte gleichgiltig. Die *datio tutoris* kann unter einer suspensiven oder resolutiven Bedingung, mit einem *dies a quo* oder *ad quem* erfolgen. Die testamentarische Tutel heißt *tutela testamentaria* oder *dativa*. Das Recht zu solcher Tutorsbestellung ist eine Folge der *patria potestas;* daher kann weder die Mutter, noch für emanzipierte Kinder der Vater eine *tutela testamentaria* anordnen. Ist das doch geschehen, so gilt es nur als Vorschlag für die Obrigkeit. *Tutor* wird der Betreffende erst durch *confirmatio* seitens der kompetenten Obrigkeit (sog. Konfirmativtutel *(C)*.

B. Hat ein *impubes*, der durch den Tod des Gewalthabers *sui iuris* wird, keinen *tutor testamentarius* erhalten (und tritt auch keine Konfirmativtutel ein), oder ist die testamentarische Ernennung des Tutors, z. B. wegen Defizienz der Bedingung, hinfällig geworden, so tritt die *legitima tutela* ein. *Legitimi tutores* sind die nächsten gesetzlichen Erben (männlichen Geschlechts) des Pupillen, nach altem Recht daher seine Agnaten, beziehungsweise Gentilen; nach Justinianischem Recht die nächsten Blutsverwandten. Ist der Pupill ein Freigelassener, so sind zur *legitima tutela* berufen der Patron und nach diesem dessen Kinder; ist er ein *ex causa mancipii manumissus (emancipatus)*, der *manumissor*, nach dem *parens manumissor* auch dessen Söhne.

C. Hat der Unmündige weder einen *tutor testamentarius*, noch einen *tutor legitimus*, so bestellt ihm die Obrigkeit einen *tutor*. Kompetent

hiefür war in Rom nach der *lex Atilia* (aus dem fünften Jahrhundert d. St. vielleicht aus dem Jahre 443 d. St. 311 v. Chr.) der *praetor urbanus* mit der *maior pars tribunorum plebis;* in den Provinzen dagegen nach der *lex Iulia et Titia* (erstere aus dem sechsten Jahrhundert d. St., letztere ein Gesetz des Augustus) der Provinzialstatthalter. Später wurde das Recht der Tutorbestellung durch kaiserliche Konstitutionen den Konsuln, einem besonderen *practor tutelaris,* dem *praefectus urbi,* den Munizipalmagistraten und den Provinzialstatthaltern gewährt. Verpflichtet zur *petitio* oder *postulatio tutoris* sind die Mutter und die *liberti,* erstere bei Verlust ihres Intestaterbrechtes gegen den Pupillen.

III. Der durch Testament, Gesetz oder die Obrigkeit Berufene wird, falls er fähig ist (I) *ipso iure* ohne Rücksicht auf seinen Willen *tutor.* Die *testamentaria tutela* insbesondere tritt mit dem Erwerb der Erbschaft durch einen der Testamentserben in Kraft. Im Falle einer Bedingung oder eines *dies a quo* ist außerdem noch Erfüllung der Bedingung, beziehungsweise Eintritt des *dies,* notwendig. Für die Zwischenzeit bestellt die Obrigkeit einen *tutor,* und es tritt nicht etwa *tutela legitima* ein. Wer *tutor* geworden ist, kann der Regel nach die *tutela* nicht ablehnen, denn sie ist ein *munus publicum.* Nur aus besonderen durch das Recht festgesetzten „Exkusationsgründen" kann er sich von der Führung der Tutel entschuldigen. Dann muß er aber den ihm zustehenden Exkusationsgrund z. B. Alter über 70 Jahre, drei, vier oder fünf eigene Kinder, § 112) binnen bestimmter Frist (regelmäßig binnen 30 Tagen von der Kenntnis der Berufung) beim *praetor tutelaris* beziehungsweise dem *praeses provinciae* geltend machen. Wird hier sein Exkusationsgrund als gerechtfertigt erkannt, so trägt er nicht die Gefahr der Administration. Sobald dann ein anderer *tutor* von Obrigkeitswegen ernannt ist, erlischt auch sein *ius tutelae.* Wird dagegen seine *excusatio* verworfen, so bleibt er *tutor* und hat, falls er nicht gehörig administriert hat, die Nachteile seiner *cessatio* zu ersetzen.

IV. Beim Antritt der Vormundschaft hat der Vormund ein Inventar zu errichten und der *legitimus tutor* eine Kaution durch Stipulation (*rem pupilli salvam fore*) und Bürgenstellung zu leisten.

§ 120.

Führung der *tutela impuberum.*

J. *d. auct. tut.* I, 21; *de satisd.* I, 14; Ulp. XI, 26; l. 1. pr. § 1, 2. D. *de reb eor.* XXVII, 9.

I. Der *tutor impuberis* hat vor allem das Recht der *interpositio auctoritatis.* Durch dieses „Vollwort" wird die beschränkte Handlungsfähigkeit des *impubes infantia maior* bei vermögensrechtlichen Geschäften ergänzt, so daß die *auctoritate tutoris* vorgenommene Handlung des Pupillen gegen diesen volle Rechtswirksamkeit hat. Beim *infans* gibt

es wegen seiner vollständigen Handlungsunfähigkeit keine *auctoritas*. Der Vorgang bei der *interpositio auctoritatis* ist folgender:

1. Der Pupill selbst schließt das Geschäft (er ist die Hauptperson), jedoch unter Hinzutritt der Mitwirkung des hiebei persönlich anwesenden Tutors.

2. Unmittelbar im Anschluß an die Erklärung des Geschäftswillens des Pupillen erklärt nämlich der *tutor* mündlich seine Zustimmung („er tritt genehmigend hinzu"), in alter Zeit auf Frage der Gegenpartei *certis verbis*, später formlos aber mündlich. Brieflich, nachträglich oder vorgehend kann die *auctoritas* nicht erteilt werden.

Über die Fälle, in denen *auctoritas tutoris* notwendig war, s. § 36, I, *A*, 2.

II. Der *tutor impuberis* hat weiter das Recht und die Pflicht der Administration des Mündelvermögens *(gestio)*. Die Sorge für die Erziehung des Mündels obliegt ihm nicht; diese ist der Mutter, beziehungsweise den nächsten Verwandten zu überlassen, welche sie unter der Aufsicht der Obervormundschaft zu besorgen haben. In alter Zeit war der *tutor* betreffs des Mündelvermögens *vice domini* und hatte in der Administration völlig freie Hand. Er konnte Sachen veräußern, Prozesse führen, Geschäfte für den Mündel als Stellvertreter schließen, oder selbe durch den Mündel *auctoritate sua* schließen lassen usw. Nur war er immer verpflichtet, das Interesse des Mündels wahrzunehmen und die Sorgfalt anzuwenden, die er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt *(diligentia, quam suis)*, Versäumt er diese Diligenz *(culpa in concreto)*, so ist er ersatzpflichtig. In der späteren Kaiserzeit wurde jedoch die Verwaltungsbefugnis des Tutors mit dem Aufkommen der staatlichen Obervormundschaft schrittweise mehr und mehr eingeschränkt. Vorerst untersagte eine *oratio D. Severi* (195 n. Chr.) die Veräußerung von *praedia rustica* und *suburbana* ohne vorheriges obrigkeitliches Bewilligungsdekret, welches nur auf Grund gepflogener *causae cognitio* erlassen werden durfte. Im Laufe der Zeit wurde dann dieses Veräußerungsverbot auf andere Mündelgüter von erheblicherem Wert, endlich auch auf die Empfangnahme von Zahlungen ausgedehnt. Ausgenommen waren schließlich nur solche Veräußerungen und Zahlungsempfänge, welche zur gewöhnlichen laufenden Verwaltung gehören. Jede andere Veräußerung ohne obervormundschaftliches Bewilligungsdekret ist nichtig.

Hat ein Pupill gleichzeitig mehrere Tutoren, so wird die Administration gewöhnlich einem übertragen oder bei größerem Vermögen unter sie nach Regionen oder Vermögenszweigen geteilt sein. Der zur Administration berechtigte *tutor* heißt dann *tutor gerens*, die anderen bloß kontrollierenden: *tutores honorarii*. Ist die Administration unter mehrere geteilt, so ist jeder bezüglich seines Zweiges *tutor gerens*, bezüglich der übrigen dagegen *tutor honorarius*. Obwohl die Administration einem *tutor*

übertragen oder unter mehrere verteilt ist, so bleibt doch *iure civili* jeder auch der *honorarius*, zur *auctoritas de omni re* befähigt, allein es soll fortan nur der *tutor gerens* (bezw. jeder nur in seinem Administrationszweig) auktorieren. Auktoriert ein anderer *tutor*, z. B. ein bloßer *honorarius*, so läßt der Prätor trotz dieser *auctoritas* das Geschäft nicht gelten *(ratum non habebo)*.

III. Aus der vormundschaftlichen Administration entsteht zwischen *tutor* und Pupillen das im § 91, *B* geschilderte quasikontraktliche Verhältnis, welches nach Endigung seiner Vormundschaft durch die *actio tutelae directa* des Mündels (wenn der *tutor* ein *filiusfamilias* ist, auch als *actio adiecticiae qualitatis)*, eventuell durch die *actio tutelae contraria* des Tutors geltend gemacht wird. Die *actio tutelae directa* ist, jedenfalls seit Konstantin, durch ein gesetzliches Pfandrecht an dem ganzen Vermögen des *tutor* gesichert (§ 70). Verurteilung des *tutor* in diesem *iudicium directum* hat Infamie zur Folge. Mehrere Tutoren haften solidarisch; u. zw. der betreffende *tutor gerens* in erster Reihe, die übrigen nur subsidär. Nach den Tutoren können ferner mit besonderen Klagen auch die belangt werden, welche den *tutor* vorgeschlagen *(postulatores, nominatores)*, oder der Obrigkeit seine Tauglichkeit bestätigt haben *(affirmatores)*, endlich zufolge des *edictum de magistratibus conveniendis* auch der Munizipalmagistrat, der bei Bestellung oder Beaufsichtigung des Tutors nachlässig gewesen ist.

Hat der *tutor* Mündelgut unterschlagen, so steht dem Mündel deshalb gegen ihn schon nach den XII Tafeln eine Deliktsklage, nämlich die *actio rationibus distrahendis* auf das Doppelte des unterschlagenen Wertes zu. (Ersatz und Strafe.)*) Soweit durch diese Klage Ersatz erzielt ist, ist die *actio tutelae directa* ausgeschlossen.

§ 121.

Endigung der *tutela impuberum.*

Gai. I, 196—198; J. *qb. mob.* I, 22; *de susp.* I, 26.

Normal endigt die *tutela impuberum* mit dem Eintritt der *pubertas* (Anbruch des letzten Tages des 14., resp. 12. Lebensjahres). Außerordentliche Endigungsgründe sind folgende:

1. Auf Seite des Tutors dessen Tod, *capitis deminutio maxima* oder *media* (bei der *legitima tutela* des klassischen Rechts auch die *capitis deminutio minima)*, Eintritt der Resolutivbedingung oder des Endtermins der Bestellung, gehörige *excusatio*, endlich auch *accusatio suspecti* und

*) Da der *tutor* nach älterem Recht *vice (loco) domini* war, so wurde die von ihm verübte Unterschlagung von Mündelgut zwar als ein *perfide agere*, nicht aber als *furtum* angesehen; daher in dieser Zeit keine *actio furti* gegen den *tutor*. In der Kaiserzeit wurde auch hier ein *furtum* angenommen und daher auch die *actio furti* und *condictio furtiva* zugelassen.

darauffolgende *remotio tutoris* seitens der Obrigkeit. Erfolgt diese wegen *dolus* des Tutors, so tritt Infamie ein. Niederlegung *(abdicatio)* der Tutel gestattet das Recht nur dem testamentarischen *tutor*.

2. Aus Gründen auf Seite des Pupillen endigt die Tutel ebenfalls durch Tod und jede *capitis deminutio*.

Ist bei der außerordentlichen Endigung der Mündel noch unmündig und *sui iuris*, so wird eine neue Vormundschaft angeordnet.

§ 122.

Die *tutela mulierum*.

Gai. I, 144 fg.; II, 80, 81, 85; Ulp. XI.

Die *tutela mulierum* ist die Tutel über mündige *(puberes)* Frauenspersonen *sui iuris*. Noch im klassischen Recht unterstehen diese kraft ihres Geschlechtes der erwähnten Vormundschaft, so lange sie *sui iuris* sind, also möglicherweise während ihrer ganzen Lebenszeit. Diese Geschlechtsvormundschaft besteht nicht im Interesse der Frau, sondern nur im Interesse der Familie. Sie bezweckt Wahrung des Familieninteresses bezüglich des Vermögens der selbständigen Frauensperson. Diese soll dadurch außer Stand gesetzt werden, ihr Vermögen der Familie ohne Zustimmung der Familiengenossen zu entziehen. Als dann später die *tutela impuberum* auf das Interesse des Pupillen zurückgeführt wurde, suchte man auch die Geschlechtsvormundschaft auf die *sexus fragilitas, animi levitas* der Frauenspersonen zu basieren, ohne daß dieser Rechtfertigungsversuch übrigens selbst von den Juristen, die ihn anführen, als ausreichend befunden worden wäre. Auch bei dieser Tutel trat das Recht der Familie zurück, als testamentarische und obrigkeitliche Bestellung der Geschlechtsvormünder aufkam. Seitdem tritt der alte Charakter dieser Tutel nur mehr bei der *legitima tutela* hervor. Der Zug der Zeit geht aber immer mehr und mehr auf Abschwächung, endlich Beseitigung des inhaltlos gewordenen Institutes hinaus, bis es gegen Ende des dritten Jahrhunderts n. Chr. gänzlich verschwindet.

Zur Geschlechtstutel wird man im klassischen Recht ebenfalls berufen durch letztwillige Verfügung, Gesetz und obrigkeitliche Bestellung.

A. Für die *tutela testamentaria* gilt im Wesen das bei der *tutela impuberum* Gesagte. So wie für die Unmündigen kann der Gewalthaber kraft seiner *potestas* auch für die mündigen Frauenspersonen einen *tutor* bestellen, vorausgesetzt, daß sie durch den Tod des Testators *sui iuris* werden. Dies gilt insbesondere auch bezüglich seiner *uxor in manu*. Doch nimmt diese insofern eine Ausnahmestellung ein, als ihr der Mann testamentarisch die *optio tutoris* hinterlassen, d. i. das Recht einräumen kann, sich selber die Person des Tutors auszuwählen: *Titiae uxori meae tutoris optionem do*. Den von ihr erwählten *tutor (tutor optivus)* konnte sie beliebig abdanken, sich dann einen neuen wählen usw., so oft ihr das beliebte (daher

optio plena). Doch konnte ihr die *optio* auch bloß beschränkt *(optio angusta): tutoris optionem dumtaxat semel,* oder *dumtaxat bis do* usw., eingeräumt werden. Dann muß sie den in Ausübung des letzten ihr eingeräumten Wahlrechtsfalles Gewählten als *tutor* behalten. In der Zulässigkeit solcher *optio* zeigt sich bereits der Verfall der Geschlechtsvormundschaft, die *uxor,* welche sich einen *tutor* nach ihrer Wahl nimmt, ist tatsächlich von der Tutel frei, selbe ist nur mehr eine Formsache.

B. Die *legitima tutela mulierum* steht denselben Personen und unter denselben Voraussetzungen zu wie die *tutela impuberum.* Der Hauptfall dieser Tutel war die *legitima tutela agnatorum,* derzufolge z. B. die *uxor in manu* in der Tutel ihrer Söhne stand. Durch eine *lex Claudia* wurde die *legitima tutela mulierum* aufgehoben. Seit der Zeit besteht als *legitima tutela mulierum* nur mehr die Tutel des Patrons und des *parens manumissor,* bezw. ihrer Kinder. Sonst tritt, falls es an testamentarischer Tutel fehlt, obrigkeitliche Ernennung ein.

C. Für diese gelten gleichfalls dieselben Grundsätze wei bei der *tutela impuberum.* Insbesondere wird das Bestellungsrecht auf dieselben Gesetze zurückgeführt. Hervorzuheben ist nur, daß der Frauensperson auch für einzelne Rechtsakte von Obrigkeitswegen ein Spezialtutor bestellt werden kann (z. B. *ad dotem dandam dicendam promittendam)* wenn ihr *tutor* abwesend oder sonst unfähig ist (z. B. als Pupill, *furiosus),* die *auctoritas* zu interponieren.

Ursprünglich mochte der Inhalt der Geschlechtstutel derselbe sein wie der *tutela impuberum.* In der klassischen Zeit beschränkt er sich aber nur auf die Erteilung der *auctoritas* zu gewissen Geschäften der Frau. Die Vermögensverwaltung hat der Geschlechtstutor nicht; diese steht der Frau (bezw. ihrem *curator minoris* § 123) zu. Folgeweise ist bei der Geschlechtstutel von einer *actio tutelae directa* und *contraria* keine Rede. Der *auctoritas tutoris* bedarf nun die Frau zu allen *negotia civilia* d. h. zur Veräußerung der *res mancipi,* zur Eingehung von Formalkontrakten, zur Testamentserrichtung, zu jeder *coëmptio,* zur Prozeßführung und *hereditatis aditio.* Außerdem zu jedem auch nicht zivilen Verpflichtungsgeschäft. Bloße Erwerbsgeschäfte kann sie allein schließen. Bezüglich der *auctoritas,* welche in derselben Form wie beim *impubes* erteilt wird, ist zwischen den *legitimi tutores* einerseits und den übrigen *tutores (alterius generis tutores)* anderseits zu unterscheiden. Nach klassischem Recht (wohl schon vor Cicero) können nämlich letztere zur Erteilung der *auctoritas* über Verlangen der Frau vom Magistrat gezwungen werden; die *auctoritas* ist daher hier nur mehr ein Formerfordernis des betreffenden Geschäftes, materiell beschränkt sich der Einfluß des Tutors bloß auf Rat und Vorstellung, ohne daß er den Geschäftsschluß selbst verhindern könnte. Bei den *legitimi tutores* dagegen war ein solcher Zwang, sofern es sich um Testamentserrichtung handelte, ganz ausgeschlossen, und auch in den anderen

Fällen war er nur *ex magna causa* zulässig. Hier hat sich somit der ursprüngliche Charakter der Tutel als eines Privatrechtes der Tutoren erhalten. Außerdem tritt dieser Charakter aber auch noch darin hervor, daß der *tutor legitimus* seine *tutela* einem andern durch *in iure cessio* übertragen kann (§ 52). Dieser letztere wird dadurch *tutor cessicius*. Mit seinem Tode oder seiner *capitis deminutio* lebt die Tutel des Zedenten *ipso iure* wieder auf. Anderseits erlischt mit Tod oder *capitis deminutio* des letzteren das Recht des *tutor cessicius* von selbst. *Tutor legitimus* ist dann der, welcher nach dem Zedenten der nächste zur Tutel ist.

Die Geschlechtstutel erlischt ihrem Wesen nach nicht mit Erreichung eines gewissen Alters der Frau; sonst gelten auch hier die übrigen Erlöschungsgründe der *tutela impuberum*. Insbesondere erlischt sie dadurch, daß die Frau eine *coëmptio* schließt. Inwiefern dies später zur Zeit des Verfalls der Geschlechtstutel zur Herbeiführung eines Wechsels des Tutors benützt werden konnte, haben wir bereits (§ 107) gesehen. Ein singulärer Erlöschungsgrund war das *ius trium aut quatuor liberorum* (§ 112).

Das Justinianische Recht kennt die Geschlechtstutel nicht mehr.

§ 123.

Die *cura*.

Ulp. XII; Gai. I, 142, 197—200; J. *de curat.* I, 23.

I. Die Hauptfälle der *cura* sind folgende:

A. Die *cura furiosi*, welche schon nach den XII Tafeln den Agnaten, bezw. Gentilen zusteht. In Ermanglung derselben oder im Falle ihrer Untüchtigkeit bestellt der Prätor den *curator*. Eine *testamentaria cura* gibt es nicht; Bestellung eines Kurators im Testament bedarf immer obrigkeitlicher *confirmatio*. Die im Zuge der Verwaltung erforderlichen Geschäfte schließt der *curator* als Stellvertreter des *furiosus*.

B. Die *cura prodigi*. Auch sie wird auf die XII Tafeln zurückgeführt und setzt Prodigalitätserklärung voraus. Diese erfolgt durch den Magistrat zuerst nur wegen Vergeudung des Erbgutes ganz besonders im Interesse der Nachkommenschaft *(Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico)*;*) später auch dann, wenn nicht Erbgut, sondern anderes Vermögen verschwendet wurde. Kraft der XII Tafeln stand auch diese *cura* den Agnaten zu, später trat allgemein prätorische Ernennung ein. Wie es sich mit der Handlungsfähigkeit des *prodigus* verhält, siehe § 36, III. Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäfte schließt der *curator* für ihn ebenfalls als Stellvertreter.

---

*) Siehe J. Pfaff, Gesch. der Prodigalitätserklärung, 1911. Das *commercio interdicere* entzog dem *interdictus (prodigus)* die Fähigkeit an einer Manzipation, sei es als Partei, sei es auch nur als Solennitätszeuge, teilzunehmen. Darin liegt eine Art Ehrenstrafe für den Verschwender.

C. Die *cura minorum.* Nach einer verbreiteten Ansicht konnte der *pubes minor,* welcher *sui iuris* war, schon nach der *lex Plaetoria* (§ 35) aus besonderen Gründen (z. B. *propter lasciviam)* vom Prätor einen *curator* bekommen. Dies änderte Mark Aurel dahin ab, daß jeder *minor* als solcher auf sein Verlangen *(petitio curatoris)* ohneweiters *(non redditis causis)* einen ständigen *curator generalis* erhalten solle. Der abgetretene *tutor impuberis* sollte ihn ermahnen, sich einen solchen zu erbitten. Von amtswegen erhält er ihn nicht. Gegen seinen Willen erhält er nur *curatores speciales (ad actum)*: auf Andringen des Schuldners, der Zahlung leisten will, zur Empfangnahme derselben, oder des Gegners zur Prozeßführung. Über den Einfluß der *cura minorum* auf die Handlungsfähigkeit des *minor* s. o. § 36. Solchen *curator* kann natürlich auch eine minderjährige (mündige) Frauensperson erhalten. Bei Bestand der Geschlechtsvormundschaft hatte dann dieser die Vermögensverwaltung, während der *tutor* auf die *interpositio auctoritatis* beim Geschäftsabschluß beschränkt war. Fand der *curator* einen Geschäftsabschluß für notwendig, so ließ er ihn durch die Frau *auctoritate* ihres Tutors vollziehen.

II. Jeder *curator* hat Vermögensverwaltung. Daher entsteht zwischen ihm und dem Kuranden ein quasikontraktliches Verhältnis, welches durch die Klagen aus der *negotiorum gestio* geltend gemacht wird (§ 91). *Furiosi* und *minores* haben diesbezüglich ein gesetzliches Pfandrecht an dem ganzen Vermögen des *curator.*

III. Die *cura* erlischt mit Wegfall ihres Grundes: die *cura minorum* mit Erreichung der Großjährigkeit, die *cura furiosi* mit Eintritt geistiger Gesundheit, die *cura prodigi* mit Eintritt der Besserung *(sani mores)* des Kuranden.

Sechstes Buch.

Erbrecht.

I. Allgemeines.

§ 124.

Die *hereditas*

l. 62. D. *de R. J.* L., 17; l. 39. D. *de A. et O. H.* XXIX, 2; l. 11. D. *de lib. et posth.* XXVIII, 2.

Mit dem Tode der physischen Person erlöschen alle öffentlichen Rechte derselben, desgleichen von den Privatrechtsverhältnissen immer die Familienrechte und die *actiones vindictam spirantes.* Dagegen erlöschen die vermögensrechtlichen Beziehungen in der Regel durch den Tod nicht, ebensowenig die sacralen Verpflichtungen *(sacra privata).* Davon machen

nur einzelne vermögensrechtliche Verhältnisse (Besitz, Personalservituten, Strafschulden, Bürgschaftsschuld des *sponsor* und *fidepromissor*, Mandat und Sozietät) eine Ausnahme. Alle anderen dauern auch nach dem Tode der Person fort, indem sie, wie die sakralen Verpflichtungen, auf eine andere Person — den Erben — übergehen sollen. So stirbt, um nur die Hauptfälle zu berühren, mit der Person nicht ihr Eigentum, es sterben nicht ihre Forderungen, ebensowenig aber auch ihre Schulden. Also nicht bloß die Sachen läßt die Person beim Tode zurück, was selbstverständlich wäre, sondern auch ihre rechtlichen Beziehungen, u. zw. bleiben diese gerade so aufrecht, wie sie im Momente des Todes der Person sind. Alle diese durch den Tod nicht erlöschenden Rechtsverhältnisse des Verstorbenen bilden, ungeachtet daß ihr lebendiger Träger weggefallen ist, noch immer eine rechtliche Einheit: den Nachlaß oder die Erbschaft *(hereditas)*, welche bestimmt ist, auf einen neuen Träger überzugehen. Die Erbschaft ist eine rechtliche Gesamtheit, eine *universitas iuris* und als solche stets eine *res incorporalis* (§ 38).

I. Die Nachfolge der zur Beerbung des Verstorbenen berufenen Person ist im römischen Recht als Universalsukzession gestaltet. Wie jede Universalsukzession bezieht sie sich auf einen Komplex von Rechtsverhältnissen welche diesbezüglich als einheitliches Objekt gelten und als solches durch eine Erwerbstatsache erworben werden, ohne daß für jedes einzelne in diesem Komplex begriffene Recht das vorgenommen werden müßte, was zur Einzelübertragung desselben gefordert wird (§ 25). Charakterisiert wird aber die Universalsukzession des Erben nach römischem Recht erst durch folgende zwei Momente:

1. Dadurch, daß das Objekt dieser Sukzession immer die ganze Erbschaft *(universum ius defuncti)* ist. Diese zerfällt somit anläßlich der Beerbung nicht wie nach deutschem Recht in einzelne Spezialmassen, die ihre eigenen Wege gehen, sondern bildet stets eine einzige, aus Aktiven und Passiven bestehende, untrennbare Masse, mit a. W. eine einzige *universitas*. In diese eine *universitas* sukzediert der Erbe oder sukzedieren die Erben. Sukzediert einer allein, so erwirbt er diese ganze *universitas* allein, sukzedieren mehrere, so erwerben sie diese eine *universitas* zusammen, so daß jeder eine Quote (Bruchteil) der ganzen ungeteilten Erbschaft erlangt. Nach Maßgabe der sich für ihn ergebenden Quote partizipiert daher jeder an allen einzelnen Bestandteilen der Erbschaft, an den Rechten wie an den Verbindlichkeiten.

2. Dadurch, daß die Sukzession so geschieht, daß der zur Erbfolge Berufene zunächst *heres* wird, d. h. persönlich in vermögensrechtlicher und sakraler Hinsicht unmittelbar an die Stelle des Verstorbenen (des Erblassers) tritt, mit a. W. die Subjektrolle desselben fortsetzt. Erst vermöge und zufolge dieser persönlichen*) *heres*-Qualität sind jetzt alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen, welche die Erbschaft bilden,

*) Das persönliche Moment betont jetzt auch Mitteis S. 101—111 u. a.: „Die Persönlichkeit wird vererbt", das Primäre ist die persönliche Repräsentation.

seine eigenen Rechte und Verbindlichkeiten. Als *heres* ist er somit Eigentümer, Gläubiger so, wie es der Erblasser war, zugleich aber auch persönlich so Schuldner, wie es der Erblasser war. Die ererbten Rechtsverhältnisse bilden nicht eine besondere Masse in seinem Vermögen, sondern sind darin aufgegangen. Der Erbe hat nach dem Erwerb der Erbschaft nicht zwei Vermögen, sondern nur eines, dessen Bestandteile die Erbschaftsobjekte geworden sind. Insbesondere treffen die Erbschaftsschulden den Erben nicht bloß als eine auf den Erbschaftsaktiven ruhende, diese bloß mindernde Last, der Erbe ist vielmehr als *heres* persönlich an Stelle des Erblassers gerade so Schuldner, wie es der Erblasser war (§ 161 *C*). Ist daher die Erbschaft überschuldet, so muß er die Erbschaftsschulden auch aus seinem eigenen, nicht ererbten Vermögen zahlen, weil sie jetzt seine Schulden sind. In dieser persönlichen und unbeschränkten Haftung für die Schulden liegt der Schwerpunkt der Universalsukzession des Erben nach römischem Recht. Sind mehrere Erben geworden, so schuldet jeder von ihnen persönlich den seiner Erbquote entsprechenden Teilbetrag jeder Erbschaftsschuld, bezw. haftet jeder solidarisch für das ganze Schuldobjekt, wenn dieses etwas Unteilbares, z. B. Anfertigung eines *opus*, sein sollte (§ 78).

II. Die Personen, welche zu der geschilderten Erbfolge berufen sind, sind in ältester Zeit nur die Familien- und Geschlechtsgenossen. Stirbt ein Familienhaupt, so verbleibt sein Vermögen den zu seinem Hause gehörigen Söhnen und Töchtern usw. als den *domestici heredes*. Fehlt es an solchen, so fällt es an die außerhalb des Hauses stehenden Familien- und Geschlechtsgenossen des Erblassers. Sicher ist dies eine Nachwirkung des Umstandes, daß es in uralter Zeit wohl auch bei den Italikern nur ein Gesamtvermögen des Geschlechtes *(gens)*, nicht auch schon ein selbständiges Vermögen der einzelnen Familienhäupter gegeben hat. Sobald dieses, welches wir kurzweg als Individualvermögen bezeichnen wollen, aufkommt, tritt die ursprüngliche Vermögenseinheit wenigstens noch darin hervor, daß die Familien- und Geschlechtsgenossen das durch den Tod erledigte Vermögen beanspruchen können. Ihre Beziehung zum ursprünglichen Gesamtvermögen ist zu einem bloßen Erbrecht kraft Familien- und Geschlechtsverbandes abgeschwächt. — An diesem Familienerbrecht konnte vorerst das einzelne Familienhaupt nichts ändern, es konnte es weder ausschließen, noch schmälern. Allein die Weiterentwicklung des Individualvermögens führte schließlich zu der höchsten Steigerung, deren dasselbe fähig zu sein scheint, nämlich dahin, daß der römische *paterfamilias* mit Rechtswirksamkeit festsetzen konnte, wem sein Vermögen nach seinem Tode zukommen solle. Durch die Ausbildung des Testaments wird der Wille des *paterfamilias* über seine Lebenszeit hinaus zum Gesetz für die Schicksale seines Vermögens. *Uti legassit paterfamilias super pecunia tutelave suae rei ita ius esto.* „Das, was er für seinen Todesfall verfügt, soll nach seinem Tode gelten.“ In diesem Satz der XII Tafeln, welcher das Testament nicht erst einführt,

sondern voraussetzt, indem er gewisse Verfügungen desselben *(dare, legare* § 149) sanktioniert, liegt für die Späteren die gesetzliche Grundlage des Testamentsrechtes, das immer als die oberste Spitze der Privatautonomie angesehen worden ist. Infolgedessen kann es schließlich geschehen, daß der *paterfamilias* sein Vermögen den Familien und Geschlechtsgenossen, u. zw. selbst den Kindern, entzieht — und Fremden zuwendet. Daß das von allem Anfang an möglich gewesen war, mag bezweifelt werden, später steht es zweifellos fest. Aber auch jetzt ist das Erbrecht der Kinder, die als *domestici heredes* in der Erbschaft sitzen, noch so stark, daß sie der *paterfamilias*, wenn er sie nicht als Erben haben will, ausdrücklich von der Erbfolge ausschließen — enterben, *ex-heredare* — muß, widrigens sie gegen seinen Willen Erben werden. Wir werden diese Steigerung des Familienerbrechtes später als den Ausgangspunkt des Noterbrechtes kennen lernen. Seit dem Aufkommen testamentarischer Beerbung tritt begreiflicherweise das Familienerbrecht zurück. In erster Reihe wird jetzt der Erbe, den der *paterfamilias* durch Testament als Erben berufen hat. Erst wenn es an einem solchen fehlt, mit a. W. der *paterfamilias intestatus* ist, tritt das Familienerbrecht ein. Mit Rücksicht darauf ist es jetzt ein Intestaterbrecht. Da es in den XII Tafeln gesetzliche Anerkennung gefunden hat, und in Ermanglung eines Testaments unmittelbar kraft des Gesetzes eintritt, heißt es auch gesetzliches Erbrecht *(legitima hereditas)*.

III. Testament und Gesetz sind die einzigen Berufungsgründe des römischen Rechtes. Einen dritten Berufungsgrund kennt dasselbe nicht. Das Verhältnis der beiden Berufungsgründe zu einander ist das, daß das Testament die gesetzliche Erbfolge, sofern sie nicht Noterbfolge ist, ganz ausschließt. Solange auf Grund des Testamentes überhaupt noch Jemand Erbe werden kann, ist von der gesetzlichen Erbfolge keine Rede. Folgeweise kann der *paterfamilias* nach römischem Recht nicht zum Teil von Testamentserben, zum andern Teil von Intestaterben beerbt werden: *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest.* Das Testament ist exklusiv. Hat der Erblasser Jemanden testamentarisch zum Erben eingesetzt, wenn auch z. B. nur auf ein Zehntel, so erhält dieser, falls es an weiteren Erbeinsetzungen fehlt, doch die ganze Erbschaft; die übrigen neun Zehntel fallen daher auch ihm und nicht etwa den gesetzlichen Erben zu. Hat der Testator einen Erben unter einer Bedingung eingesetzt, so kann dieser nur *existente condicione* Erbe werden. Gleichwohl treten *pendente condicione* nicht die gesetzlichen Erben ein, es findet eine provisorische Vorsorge statt; denn die gesetzlichen Erben können auch hier erst dann daran kommen, wenn die testamentarische Einsetzung erfolglos bleibt. Aber nicht bloß dem gesetzlichen Erbrecht, sondern auch einem andern Testament gegenüber ist das Testament exklusiv. *Iure communi* kann der *paterfamilias* nicht auf Grund mehrerer Testamente, sondern nur auf Grund eines Testamentes beerbt werden. Daher hebt das spätere Testament immer und

notwendig, selbst wenn das der Testator nicht wollte, das frühere ganz auf. Die Gründe dieser Exklusivität nach beiden Richtungen in befriedigender Weise darzulegen, ist bis jetzt nicht gelungen, weshalb wir uns auf die Angabe der positiven Sätze beschränken.

IV. Eine Erbberechtigung bei Lebzeiten des zu Beerbenden gibt es nicht, es fehlt an jeder Erbschaft *(viventis non datur hereditas)*. Die Berufung zur Erbfolge, es mag sich um den Berufungsgrund Testament oder Gesetz handeln, tritt immer und ausnahmslos erst mit dem Tode des zu Beerbenden ein. Tod desselben ist wesentliche Voraussetzung jedes Erbrechtes. Hat der Erblasser ein Testament gemacht, so ist der darin als Erbe Eingesetzte nicht jetzt schon bei Lebzeiten des Testators berufen. Ob diese giltige Einsetzung zur Berufung führen wird, ist vielmehr noch ungewiß. Berufen ist er dadurch immer erst dann, wenn der Erblasser bei Fortbestand der Giltigkeit des Testamentes stirbt; ist die Einsetzung unter einer Bedingung geschehen, sogar erst dann, wenn auch noch die Bedingung erfüllt wird. Ebensowenig sind kraft des Gesetzes die Familiengenossen schon bei Lebzeiten des Erblassers berufen. Auch hier tritt die gesetzliche Berufung erst mit dem Tode des Erblassers ein, u. zw. sind nur die berufen, welche im Momente des Todes Familiengenossen des zu Beerbenden sind. Daraus ist ersichtlich, daß in beiden Fällen von einer Berufung bei Lebzeiten des Erblassers nicht die Rede ist, selbe setzt immer den Tod des zu Beerbenden (eventuell auch noch Erfüllung der Bedingung) voraus. Anderseits ist aber auch das ersichtlich, daß stets nur der berufen sein kann, der zur Zeit des Todes des Erblassers (wenigstens als *nasciturus)* lebt, also den Erblasser überlebt, bezw. die Erfüllung der Bedingung erlebt. Wer vor dem Erblasser stirbt, kann niemals sein Nachfolger werden und daher auch niemals zur Beerbung desselben berufen sein. Hat der Testator z. B. den *B* als Erben eingesetzt, so wird diese Einsetzung sofort hinfällig, wenn *B* noch bei Lebzeiten des Testators stirbt. Ebenso dann, wenn *B* als bedingt Eingesetzter zwar nach dem Tode des Erblassers, aber doch vor Erfüllung der Bedingung stirbt.

V. Welche Wirkung hat nun die (mit dem Tod, bezw. Tod und Erfüllung der Bedingung) in Kraft getretene Berufung? Es ist zu unterscheiden:

A. Gehört der Berufene zu den sog. *domestici heredes,* so wird er dadurch sofort Erbe. Berufung und Erwerb der Erbschaft fallen hier zusammen.

B. Ist der Berufene dagegen ein *extraneus,* so macht ihn die Berufung allein noch nicht zum Erben, sondern gewährt ihm nur die unmittelbare rechtliche Möglichkeit, wenn er will, Erbe zu werden. Die Erbschaft ist ihm jetzt mit anderen Worten deferiert *(delata hereditas)*, d. h. angeboten, so daß es nur mehr von ihm abhängt, ob er sie annehmen will oder nicht. Erst dadurch, daß er sie auf diese Delation hin annimmt,

wird er wirklich Erbe. Das Erbewerden setzt somit hier außer der Delation noch einen besonderen Aquisitionsakt voraus. Stirbt der Delat, bevor er sich über die Annahme oder Ablehnung der Erbschaft erklärt hat, so wird die Delation hinfällig. Die *hereditas adquisita* geht als Bestandteil seines Vermögens über, die *hereditas delata, sed nondum adquisita* dagegen nicht.

§ 125.

Domestici und *extranei heredes. Usucapio pro herede.*

Gai. II, 152—173; J. *de her. qual.* II, 19; Gai. II, 52—68; l. 89 L. *de legat.* I (30).

I. Im Erbsystem des *ius civile* spielt der Gegensatz zwischen *domestici* und *extranei heredes*, wie bereits angedeutet, eine wesentliche Rolle.

A. Domestici heredes sind die dem Hause des Erblassers rechtlich angehörigen Erben. Diese werden, sobald ihre Berufung, durch Testament oder Gesetz, in Kraft tritt, *ipso iure* ohne, ja selbst gegen, ihren Willen *heredes*. Sie sind deshalb *heredes necessarii*. Innerhalb derselben sind zwei Gruppen zu unterscheiden:

1. Die *sui et necessarii heredes*. Diese sind die agnatischen Deszendenten des Erblassers, welche im unmittelbaren Gewaltverhältnis zu demselben stehen und daher durch seinen Tod *sui iuris* werden (§ 30). Also die in seiner *patria potestas* stehenden Söhne, Töchter, Enkel von einem vorverstorbenen Sohn, weiter aber auch die *uxor in manu*, desgleichen die Schwiegertochter *in manu*, falls ihr Mann (der Sohn) bereits verstorben ist. Vermöge dieser ihrer Familienstellung werden sie mit dem Tode des Familienhauptes von selbst und kraft Rechtsnotwendigkeit (um den Hauptfall zu nennen) *patresfamilias* und Erben des der Herrschaft des Erblassers unterstehenden Familienvermögens. So wie sie kraft ihrer Familienstellung schon als *filiifamilias* die künftigen *patresfamilias* sind, so sind sie auch die künftigen Herren des Vermögens. Beide Wirkungen sind im Sinne des alten Rechtes untrennbar, ihre *heres*-Eigenschaft ist nur die Folge, welche das *paterfamilias*-Werden für das Familienvermögen hat. So wie sie ohne Rücksicht auf ihren Willen *sui iuris* werden, so werden sie ohne Rücksicht auf ihren Willen auch Erben. Beide Wirkungen treten in ältester Zeit, welche nur sog. gesetzliches Erbrecht kennt, stets gleichzeitig (mit dem Tode des Vaters) und unabwendbar ein. Seit der Ausbildung des Testamentes ist dies dahin modifiziert, daß:

a) beide Wirkungen zwar regelmäßig gleichzeitig sind, aber doch nicht mehr sein müssen. *Paterfamilias* wird der Sohn auch jetzt notwendig mit dem Tode des Vaters, *heres necessarius* dagegen möglicherweise erst später, da infolge Dazwischentretens des Testamentes seine Berufung hinausgeschoben sein kann (§ 124); ferner dahin, daß

b) jetzt der *suus heres* von dem Vater, der rechtlich allein Herr des Vermögens ist (§ 32), von der Erbfolge durch *ex-heredatio* ausgeschlossen werden kann, bezw. ausgeschlossen werden muß, wenn ihn der Vater nicht zum Erben haben will. Ist dies verabsäumt, so wird der *suus* doch Erbe gegen das Testament.

2. Die *heredes necessarii* im engeren Sinne. Diese sind die *domestici heredes*, welche nicht kraft ihrer Familienstellung, sondern kraft des Willens des Erblassers dessen Erben werden. Ihre Gewaltuntertänigkeit (Subordination) dem Testator gegenüber hat die Folge, daß, wenn er sie im Testament zu Erben einsetzt, sie kraft dieser seiner Verfügung notwendig auch Erben werden. Das ist der Fall:

a) Bei seinen Sklaven und den in seinem *manicipium* Befindlichen, welche er *cum libertate* als Erben einsetzt. So wie diese kraft des *liber et heres esto ipso iure* frei werden (§§ 28, 117), so werden sie auch *ipso iure* Erben des Testators.

b) Bei den seiner *potestas* mittelbar unterworfenen Enkeln von den noch in seiner *potestas* befindlichen lebenden Söhnen, denn auch diese werden mangels der Unmittelbarkeit nicht vermöge ihrer Familienstellung, sondern nur vermöge der Verfügung ihres Gewalthabers dessen Erben.

Die *necessarii heredes* können sich, da sie *ipso iure* Erben werden, gegen die Nachteile der Insolvenz der Erbschaft *iure civili* nicht schützen. Da dies für sie sehr hart war, gab der Prätor später dem *suus heres* und den *in mancipio* des Testators Befindlichen (nicht auch dem *cum libertate* eingesetzten Sklaven) das *benficium abstinendi*, d. h. das Recht, sich der Erbschaft zu enthalten.*) Wollten sie die Erbschaft nicht, so brauchten sie sich jetzt nur nicht in die Erbschaftsangelegenheiten einzumischen *(immiscere)*. Zwar blieben sie trotzdem nach *ius civile* doch *heredes*, allein der Prätor behandelte sie infolge ihrer Abstinenz so, als wenn sie nicht *heredes* wären. Er ignoriert ihre Erbenqualität und verweigert den Erbschaftsgläubigern gegen sie die Klagen. Die Erbschaft wird nach prätorischem Recht (§ 127) denen deferiert, welche zufolge des Edikts nach dem abstinierenden *heres necessarius* die nächsten wären. Das Ergebnis der Einführung des Beneficiums ist das, daß praktisch die Konsequenzen der Erbfolge die zur Abstinenz Berechtigten nur dann treffen, wenn sie wirklich Erben sein wollen.

---

*) War der Erblasser überschuldet, so pflegte er einen seiner Sklaven *cum libertate* als Erben einzusetzen. Dieser wurde sein *heres necessarius*, kam es dann wegen der Erbschaftsschulden zur *venditio bonorum* (Konkurs), so erfolgte diese unter dem Namen des *heres*, Schimpf und Schande derselben trafen ihn, nicht den Testator. Deshalb war der *cum libertate* eingesetzte Sklave vom *beneficium abstinendi* ausgeschlossen. Dafür hatte er aber das *commodum*, daß er sich seinen eigenen nach dem Tode des Testators gemachten Erwerb reservieren und Exemtion desselben von der *bonorum venditio* erwirken konnte.

B. Die *extranei heredes* sind alle übrigen außerhalb des Hauses stehenden Erben (also die agnatischen Seitenverwandten, Fremde), sie mögen durch Testament oder Gesetz berufen sein. Sie sind durchaus *heredes voluntarii*, d. h. sie werden schon *iure civili* nur Erben durch die Erklärung ihres auf den Erwerb der deferierten Erbschaft gerichteten Willens.

1. Nach ältestem Recht mußte diese Annahme der Erbschaft wohl stets durch sog. *cernere*, d. h. durch eine solenne, in bestimmten Worten vor Zeugen (vielleicht im Hause des Erblassers) abzugebende Erklärung erfolgen. Beim testamentarisch Berufenen lautete das *cernere: Quod me P. Maevius testamento suo heredem instituit, ob eam rem hereditatem adeo cernoque.* Neben diesem solennen *cernere*, welches stets für alle Arten der *extranei heredes* zulässig blieb, kam später die formlose tatsächliche Annahme der Erbschaft durch *pro herede gestio*, endlich der Erbschaftserwerb *nuda voluntate* auf. Erstere liegt darin, daß der Delat, in der Absicht Erbe zu werden, sich tatsächlich als Erbe benimmt (z. B. Erbschaftssachen verkauft, Erbschaftsschulden zahlt), während letztere durch jede ausdrückliche Erklärung des Willens erfolgt (*aditio hereditatis* im engeren Sinne). Seitdem blieb das *cernere hereditatem* während der ganzen klassischen Zeit nur mehr bei dem testamentarisch Berufenen notwendig, welcher *cum cretione* eingesetzt war. In allen übrigen Fällen war auch *pro herede gestio* oder *aditio* ausreichend.

a) Diese Einsetzung *cum cretione* ist stets mit einer Fristbestimmung für die Vornahme des *cernere* verbunden, während die *cretio* in den übrigen Fällen, desgleichen die *pro herede gestio* und *aditio*, an keine Frist gebunden waren. Die gewöhnliche Kretionsfrist betrug hundert Tage: *L. Titius heres esto cernitoque diebus centum proximis quibus scies poterisque.* Dies ist die *cretio vulgaris.* Kommt die Einsetzung *cum cretione* ohne den Beisatz: *quibus scies* usw. vor, so ist dies die *cretio certorum dierum.* Bei ersterer ist die Kretionsfrist ein *tempus utile*, bei letzterer ein *tempus continuum* und läuft sogar im Falle bedingter Erbeinsetzung schon *pendente condicione.*

β) Die testamentarische *cretio* ist ferner eine *perfecta*, wenn der Beisatz vorkommt: *nisi creveris, exheres esto*, sonst eine *imperfecta.* Auf Grund der *perfecta cretio* konnte die Erbschaft nur durch solennes *cernere*, auf Grund der *cretio imperfecta* auch durch *pro herede gestio* oder *aditio* erworben werden.

2. Wo das solenne *cernere* zum Erbschaftserwerb gefordert wurde, dort gab es eine rechtswirksame Ablehnung der Erbschaft nicht. Eine Ablehnungserklärung des Delaten hatte hier rechtlich keine Bedeutung; trotz derselben konnte er durch solennes *cernere* noch immer Erbe werden. So lange es noch keine Kretionsfrist gab, galt dies für sein ganzes Leben, so

daß er erst durch seinen Tod von der Erbschaft ausgeschlossen wurde; später als bei testamentarischer *cretio* die Kretionsfrist aufkam, wenigstens während dieser Frist. Ausgeschlossen wurde der Delat in solchem Falle lediglich dadurch, daß er die Kretionsfrist ohne Vornahme des *cernere* verstreichen ließ. Es gab nur ein *praetermittere hereditatem*, kein *repudiare*. Dies galt in alter Zeit allgemein, später nur bei den *cum cretione* eingesetzten Testamentserben. In allen übrigen Fällen der *extranei heredes* (Testamentserbe ohne *cretio*, *extraneus legitimus heres*) war jetzt auch Ablehnung der Erbschaft *repudiatio hereditatis* möglich, welche als Gegenstück der formlosen Antretung, auch tatsächlich oder *nuda voluntate* erfolgen konnte. Dadurch wurde der Delat von der Erbschaft definitiv ausgeschlossen, auch die *repudiatio* war ebenso unwiderruflich wie die *aditio*.

Die *cretio* ist in das Justinianische Recht nicht übergegangen, dasselbe kennt für *extranei heredes* nur mehr die *pro herede gestio* und die *aditio hereditatis*. Die *repudiatio* macht daher hier die Delation stets erfolglos.

II. Wie gezeigt, kannte das alte *ius civile*, abgesehen von der testamentarischen *cretio*, keine Frist, während welcher der zur Erbfolge berufene *extraneus* die Erbschaft hätte antreten müssen. Infolgedessen konnte sich der Eintritt des Erben zum Schaden der Gläubiger und *sacra* sehr verzögern. Diesem Übelstande sollte durch die *usucapio pro herede* abgeholfen werden, durch welche ein indirekter Zwang auf die berufenen *extranei* ausgeübt wurde, beizeiten die Erbschaft anzunehmen. Solange nämlich der *extraneus* die Erbschaft noch nicht angetreten hatte, konnte jeder dritte, auch ohne Titel und selbst mit dem Bewußtsein, gar kein Anrecht zu haben, die Erbschaft in Besitz nehmen und daraufhin bloß durch einjährige ununterbrochene Fortsetzung des Besitzes usukapieren. Diese *usucapio pro herede* war eine *usucapio hereditatis*, der Usukapient wurde dadurch *heres* und haftete als solcher für die Erbschaftsschulden und *sacra*. Auf diese Weise konnte dort, wo es an einem Erben fehlte, *iure civili* ein solcher geschaffen werden. Insofern lag darin eine, allerdings rohe, Ergänzung der Erbfolgeordnung, durch welche Erblosigkeit, nach der Anschauung der ältesten Zeit das größte Übel, verhütet wurde. Solche Erblosigkeit konnte nach *ius civile* sehr leicht eintreten. Denn wollte der berufene *extraneus* die Erbschaft nicht annehmen, so konnte er selbe, wie wir gesehen haben, gleichwohl mit Rechtswirksamkeit gar nicht ablehnen, und selbst als dies zulässig geworden war, fand, wenn der *extraneus* als Intestaterbe berufen war, nach Ablehnung oder Tod desselben keine sukzessive Delation an den zweitnächsten statt (§ 134). *Iure civili* konnte in solchem Falle nur durch *usucapio pro herede* jemand Erbe werden. Die angedeuteten Zwecke dieser *usucapio* brachten es mit sich, daß sie einem *heres necessarius* gegenüber, der ja sofort mit der Berufung *ipso iure*

Erbe wurde, keine Anwendung fand. Objekt dieser *usucapio* war, wie bemerkt, die *hereditas*, also die *res incorporalis* (§ 124), nicht die einzelnen in Besitz genommenen Erbschaftssachen, weshalb diese *usucapio*, selbst wenn Grundstücke zur Erbschaft gehörten, stets in einem Jahre vollendet wurde, da ja doch die *hereditas* selbst keine *res soli* war und daher unter die *ceterae res* gehörte (§ 56).

Später wurde die *usucapio pro herede* ihrem Objekt nach dahin abgeändert, daß sie aus einer *usucapio hereditatis* zu einer bloßen Usukapion der einzelnen in Besitz genommenen Erbschaftssachen wurde. Aber auch jetzt war sie noch immer ein Pressionsmittel auf die zur Erbfolge berufenen *extranei*, die, wenn sie sich nicht beizeiten um die Erbschaft kümmerten, Gefahr liefen, wenigstens einzelne, vielleicht gerade die wertvollsten, Erbschaftssachen zu verlieren. Dementsprechend konnten auch jetzt alle Arten von Sachen, selbst *res soli*, in einem Jahre ersessen werden und wurde auch jetzt weder ein Titel noch eine *bona fides* des Usukapienten gefordert. Deshalb wurde diese Usukapion als *improba* und *lucrativa* bezeichnet. Die weitere Rechtsentwicklung war derselben nicht günstig. Schon durch die *bonorum possessio* war sie eigentlich überflüssig geworden, da der Prätor durch diese in entsprechender Weise darauf hinwirkte, baldigen Erbschaftsantritt zu bewirken und Erblosigkeit zu verhüten. Daher war sie sofort dem *interdictum quorum bonorum* des prätorischen Erben gegenüber unwirksam. Ein Senatuskonsult aus der Zeit Hadrians, wahrscheinlich vor dem *S. C. Iuventianum*, bestimmte sodann, daß solche Usukapion auch der *hereditatis petitio* des Zivilerben gegenüber nicht schütze, der Usukapient vielmehr trotz Vollendung der Usukapion die Sache so herausgeben müsse, *ac si usucapta non esset*. Als dann endlich Mark Aurel bestimmte, daß der, welcher vor dem berufenen Erben sich Erbschaftssachen aneignet, das *crimen expilatae hereditatis* begehe, hatte die *usucapio lucrativa et improba* vollständig ihren Boden verloren. Ins Justinianische Recht ist sie als eigentlich abgestorbenes Institut nicht mehr übergegangen. Dieses kennt nur mehr die auch schon im klassischen Recht bestehende *usucapio pro herede* des *bonorum possessor*, sowie desjenigen, der sich für den Erben hält und daraufhin, also *bona fide*, Erbschaftssachen in Besitz nimmt. Diese ist eine gewöhnliche Usukapion auf Grund eines *titulus verus (bonorum possessor)*, bezw. *putativus* (§ 56).

§ 126.

Die *hereditas iacens.*

l. 61. D. *d. A. R. D.* XLI, 1; l. 54. D. *de A. et O. H.* XXIX, 2.

Dort wo *domestici heredes* sukzedieren, schließt sich ihre Nachfolge regelmäßig unmittelbar an den Tod des Erblassers an. Im Momente, wo

dieser stirbt, sind sie sofort seine Erben, so daß eine Lücke zwischen Tod und Beerbung hier regelmäßig nicht eintritt. Eine solche wird hier nur ganz ausnahmsweise, z. B. dann eintreten, wenn der *domesticus heres* als bedingt eingesetzter Testamentserbe sukzediert. Denn da er in solchem Falle erst *existente condicione* Erbe wird, so fallen Tod des Erblassers und Erwerb der Erbschaft nicht mehr zusammen. Was aber bei den *domestici heredes* nur seltene Ausnahme ist, ist bei den *extraneis heredibus* die ausnahmslose Regel. Tod des Erblassers und Erwerb der Erbschaft fallen hier zeitlich (mag die Zeit noch so kurz sein) immer auseinander, weil ja der Erwerb erst durch besondere, nach dem Tode vorzunehmende Akquisitionshandlung *(cretio, pro herede gestio, aditio)* erfolgt. Wo immer nun eine solche Lücke zwischen Tod des Erblassers und Erwerb der Erbschaft sich ergibt, wird die Erbschaft in der Zwischenzeit *(hereditas nondum adquisita)* von den Neueren als *hereditas iacens* bezeichnet. Dieselbe ist juristisch ein selbständiges Vermögen u. zw. das vom Erblasser hinterlassene Vermögen, daher: *hereditas personam defuncti sustinet.* Als Vermögen heißt es von ihr: *accessionem et deminutionem recipit. Accessionem:* sie kann jeden Erwerb machen, der keine Handlung des Vermögenssubjektes voraussetzt, der daher auch hier, wo es an solchem fehlt, eintreten kann. So z. B. fallen die Früchte der Erbschaftssachen durch Separation ins Eigentum der *hereditas,* macht auch sie den Akzessionserwerb *alluvione,* erwirbt sie aus der *gestio* eines Dritten gegen diesen die *actio negotiorum gestorum* usw. *Deminutionem:* durch solche Verpflichtungen, welche zu ihrer Begründung auch keinen Willensakt des Vermögenssubjektes voraussetzen. So hat z. B. der *negotiorum gestor* auch gegen die *hereditas* die *actio negotiorum gestorum contraria* usw. Gehören zur *hereditas* Sklaven *(servi hereditarii),* so kommt ihr einerseits der Sklavenerwerb zugute, während sie anderseits auch durch Handlungen der Sklaven verpflichtet werden kann (Noxalklagen); beides weil und sofern dazu ein Wille des Herrn nicht gefordert wird. Es ist nur ein Ausdruck für die Selbständigkeit des Erbschaftsvermögens, wenn manche Neueren, vielleicht im Sinne einzelner römischer Juristen, welche von der *hereditas iacens* sagen, daß sie *domini loco* sei, diese als juristische Person bezeichnen. Das Ganze ist aber nur ein Übergangsstadium. Wird dann jemand Erbe, so erlischt die *hereditas iacens,* sie geht in seinem Vermögen auf. Niemals ist aber der *heres* Rechtsnachfolger der *hereditas iacens,* sondern immer gilt er nur als unmittelbarer Rechtsnachfolger des Verstorbenen. Denn sobald er Erbe geworden ist, gilt der Satz: *heres quandocunque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse intellegitur.* Die Lücke zwischen Tod des Erblassers und Erbschaftserwerb wird jetzt ignoriert und so dem Gedanken der Kontinuität der Nachfolge in künstlicher Weise Rechnung getragen.

§ 127.

Die *bonorum possessio.*

Cic. *in Verr.* II, 1. c. 44, 45; *orat part.* c. 28; Gai. III, 32 sq.; J. *de bonor. poss.* III, 9.

Das römische Recht kennt neben dem bis jetzt betrachteten Erbsystem des *ius civile* noch das Erbfolgesystem des prätorischen Edikts. In dem ersteren heißt der Nachlaß wie die Erbfolge *hereditas*, der Erbe *heres*. In letzterem heißt der Nachlaß *bona*, die Erbfolge *bonorum possessio*. Als Zweck des prätorischen Erbfolgesystems wird von den Juristen angegeben, *ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent* und *ne quis sine successore moriatur*. Dem zivilen System der *hereditas* gegenüber ist die *bonorum possessio* teils konfirmatorisch *(adiuvandi iuris c. c.)*, teils suppletorisch, teils endlich korrektorisch. Gerade auf diesem Gebiete tritt das im § 8 geschilderte Verhältnis des prätorischen Edikts zum *ius civile* im großen hervor.

Der Ausgangspunkt der *bonorum possessio* liegt im Dunkeln und ist deshalb sehr streitig. Wir sind diesbezüglich nur auf Hypothesen angewiesen. Das Wahrscheinlichste dürfte unseres Erachtens folgendes sein:*)

Wir finden im griechisch-attischen Recht eine magistratische Erbrechtsregulierung, welche mit der Unterscheidung der Erbberechtigten in *ἔγγενοῖ* und *συγγενεῖς* im Zusammenhang steht. Die ersteren sind die Deszendenten des Erblassers, die dem Hause eingebornen Erben, welche kraft eigenen Rechtes den *οἶκος* fortsetzen und die *πατρῶα* kraft eigenen Rechtes mit eigener Macht durch Embateusis in Besitz nehmen. Behauptete Jemand, daß ein solcher nicht Erbe sei, so mußte er bestreiten, daß er Sohn des Erblassers sei, nur so konnte er ihn durch Klage aus dem Erbe, das ihm als Sohn von Rechts wegen gebührte, verdrängen. Das Erbrecht dieser Klasse ist, wenn die Sohnesqualität des Betreffenden feststeht, ein unbestreitbares und gewöhnlich auch unbestrittenes. Die zweite Klasse der Erbberechtigten besteht aus den außerhalb des *οἶκος* stehenden Verwandten des Erblassers: der Anchisteis *(συγγενεῖς)*, und eventuell aus den testamentarisch Adoptierten (Testamentserben). Bei dieser zweiten Klasse war das Erbrecht kein so feststehendes, hier konnte es sich um verschiedene Eventualitäten handeln, die zu Streit führen können. Deshalb konnten die Erben dieser Klasse nicht ohneweiters eigenmächtig in das Erbe „gehen", sondern mußten sich an den Magistrat wenden, damit dieser die Erbangelegenheiten ordne. Der Magistrat tat dies dadurch, daß er dem, der ihm als der Nächste erschien (falls sich mehrere gemeldet hatten, nach vorangegangenem *praeiudicium* über die Näherberechtigung), den Erbrechtsbesitz zuwies, d. h. ihn

*) Leist, Gräco-italische Rechtsgeschichte, 1884, S. 80 fg.; der römische Erbrechtsbesitz in Glück-Leist, Comm. I, S. 41 fg.; A. Schmidt Zeitschr. d. Savigny-Stift. XVII. S. 324 fg.

ermächtigte, sich in den Besitz der Erbschaft zu setzen. Das ganze erscheint daher als magistratische Zuteilung der Erbfolge, jedoch ohne Präjudiz gegen den wirklich erbberechtigten Dritten. Kommt ein solcher, so kann er ungeachtet der magistratischen Zuteilung gegen den jetzt auf diese hin im Besitze der Erbschaft Befindlichen noch immer sein Erbrecht mittelst Erbschaftsklage geltend machen und ihm so den Besitz des Nachlasses abnehmen.

Diesem griechischen Institut ist die römische *bonorum possessio* auffallend ähnlich. Auch sie ist der Sache nach Zuteilung eines Erbrechtsbesitzes seitens des Magistrats an den sich Meldenden, und zwar zunächst immer, später wenigstens in den meisten Fällen, ohne Präjudiz gegen den wirklich *iure civili* Berechtigten. Diese Gleichartigkeit in wesentlichen Punkten legt den Gedanken nahe, daß die römische *bonorum possessio* in Anlehnung an das attische Institut entstanden sei. Eine Hauptstütze findet dieser Gedanke darin, daß wir auch bei den Römern (hier freilich nur agnatisch gestaltet) denselben Unterschied der Erben wieder finden wie bei den Griechen, einerseits nämlich die agnatischen *sui heredes,* welche als *domestici heredes* schon kraft eigenen Rechtes im Erbe sitzen, ein gewöhnlich unbestreitbares Erbrecht haben und daher auch von den XII Tafeln allein als *heredes* bezeichnet werden, anderseits, der Anchisteis entsprechend, die *extranei,* die nach den XII Tafeln erst dann *si suus heres nec escit — familiam habento,* nämlich: die etwaigen außerhalb des Hauses stehenden Testamentserben und nach diesen der *proximus agnatus,* endlich die *gentiles.* Der Anfang der prätorischen *bonorum possessio* kann nun sehr wohl der gewesen sein, daß diese *extranei,* deren Erbrecht ja im Vergleich mit dem der *sui* auch als ein zweifelhaftes bezeichnet werden kann, sich der ja auch hier leicht möglichen Interessenkollision wegen an den Prätor zu wenden hatten, damit er ihnen zur Erbfolge verhelfe. Für diesen Ausgangspunkt spricht noch die bei Cicero angeführte Überschrift der die *bonorum possessio* betreffenden Ediktstelle: *Si de hereditate ambigitur**) — d. h. wenn „Zweifel" über die *hereditas,* über die zivile Erbberechtigung bestehen. Dies korrespondiert ganz mit dem Fall des vorerwähnten zweifelhaften Erbrechtes des attischen Rechtes. Ein bereits anhängiger Erbrechtsprozeß, worauf man den Passus gewöhnlich bezogen hat, wird hier gar nicht vorausgesetzt. Nach demselben Edikt teilt der Prätor den Erbrechtsbesitz vor allen dem zu, welcher *tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam*

*) Nach Leist, Erbrechtsbesitz, S. 76, lautete selbe vollständig so: *Si de hereditate ambigitur. Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo. — Si tabulae testamenti non proferentur, tum uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo. — Cum hereditatis sine testamento aut sine lege petetur possessio, si qua mihi iusta causa videbitur esse, possessionem dabo.*

e lege oportet (§ 130 *C.*) produziert, in welchen er als Erbe eingesetzt ist. Dabei ist unstreitig vorerst nur an ein *iure civili* giltiges Testament gedacht. Erst wenn sich kein solcher Testamentserbe meldet, wird die *bonorum possessio* dem *ex lege* zur *hereditas* Berufenen, also dem gesetzlichen Erben zugesichert. Wer die *bonorum possessio* vom Magistrat zugeteilt erhält, setzt sich jetzt daraufhin in den tatsächlichen Besitz des Nachlasses und kann, wenn er Widerstand findet, sich diesen Besitz durch das prätorische *interdictum quorum bonorum* kraft der *bonorum possessio* verschaffen. Auch hier ist diese magistratische Zuteilung der Erbfolge dem wirklich berechtigten *heres* gegenüber noch ganz unpräjudizierlich, der Erbbesitz des *bonorum possessor* ist keineswegs notwendig ein definitiver. Behauptet ein anderer, *heres* nach *ius civile* zu sein, so kann er ihm, durch *hereditatis petitio* die Erbschaft trotz der *bonorum possessio* abnehmen und so diese zur *bonorum possessio sine re* machen. *Cum re* ist daher die *bonorum possessio* nur dann, wenn der *bonorum possessor* zugleich *heres* ist oder der *heres* sein ziviles Erbrecht nicht geltend macht. Bis jetzt geht die *bonorum possessio* nur darauf hinaus, dem *heres iure civili* zum Besitz der Erbschaft zu verhelfen. Niemand kann bis jetzt die *bonorum possessio* erlangen als der, welcher *iure civili heres* sein kann. Sie ist somit nur die magistratische Beihilfe zur Realisierung des wahrscheinlichen Zivilerbrechtes: *ne diutius bona vacua iacerent,* im Interesse des Erben, der Gläubiger und der *sacra.* Sie ist mit a. W. bis jetzt wesentlich nur *iuris civilis adiuvandi causa.*

Aber schon jetzt tritt in Verbindung damit ein anderes Moment hervor, demzufolge die *bonorum possessio* schon jetzt dem *ius civile* gegenüber auch suppletorisch ist. Damit hat es folgende Bewandtnis. Nach *ius civile* hat der Testamentserbe den Vorzug. So lange ein solcher berufen ist, kann *iure civili* niemand Intestaterbe werden, auch dann nicht, wenn sich der testamentarisch Berufene gar nicht meldet. Auch der Prätor gibt dem im Testament Eingesetzten den Vorzug, aber doch nur, wenn er sich meldet, versäumt er dies *(si tabulae testamenti non proferentur)* durch gewisse Zeit, so gibt der Prätor die *bonorum possessio* den gesetzlichen Intestaterben. Weiter kann nach *ius civile* stets nur der Erbe werden, welcher der nächst berufene Intestaterbe ist; macht dieser von seinem Erbrecht keinen Gebrauch, so kommt *iure civili* nicht der zweitnächste usw. daran, sondern die Erbschaft bleibt unbeerbt liegen, sofern nicht jemand durch *usucapio pro herede* Erbe wird (§ 125). Auch das ist jetzt nach dem Edikt anders. Denn der Prätor gibt überhaupt dem Intestaterben die *bonorum possessio: uti quemque potissimum heredem esse oporteret,* also auch dem zweitnächsten usw., sofern sich der vorgehende nicht meldet. Dadurch bewirkt er, *ne quis sine successore moriatur.* Schon nach der ältesten Gestalt der *bonorum possessio* findet also das statt, was später als *successorium edictum* eine besondere Klausel des Edikts

geworden ist; es tritt, obwohl möglicherweise der vorher Berufene vorhanden ist, prätorischerseits ein Nachrücken des Zweiten, Dritten usw. ein. Bereits dadurch wird bestätigt, daß die *bonorum possessio emendandi veteris iuris gratia* eingeführt ist.

Schon danach konnte es geschehen, daß Jemand, der *iure civili* gar nicht Erbe ist, doch die Erbschaft kraft der *bonorum possessio* behält, weil der vorhandene Zivilerbe sich um die *bonorum possessio* nicht gemeldet, beziehungsweise die *hereditatis petitio* nicht angestellt hat. Weiter hatte aber der Prätor schon frühe im Edikt sich auch die Möglichkeit vorbehalten, dann, wenn sich weder ein Testamentserbe, noch ein *heres ex lege* meldet, die *bonorum possessio* dem zu erteilen, der nach der *aequitas* den nächsten Anspruch auf die Erbschaft hat, damit so die Zufälligkeiten der *usucapio pro herede* hintangehalten werden, also z. B. einem Agnaten des Erblassers. Aus dieser *clausula generalis* sind später die prätorischen Erbklassen *unde cognati* und *unde vir et uxor* hervorgegangen, durch welche neue vom *ius civile* abweichende Prinzipien zur Geltung kamen. Immer ist aber die *bonorum possessio* auch hier noch bloß suppletorisch, denn der *heres* kann sie noch immer durch *hereditatis petitio* zur *bonorum possessio sine re* machen. Behalten wird auch ein solcher *bonorum possessor* die Erbschaft trotz prätorischer Zuweisung nur dann, wenn ein *iure civili* Berechtigter nicht da ist oder doch sein Recht nicht geltend macht.

Schließlich ging aber der Prätor noch weiter. Gewissen Personen erteilte er nämlich die *bonorum possessio* so, daß er sie auch gegen den vorhandenen Zivilerben schützte. Das war vorerst der Fall, als der Prätor die Kinder des Erblassers, welche durch *capitis deminutio* (Emanzipation usw.) ihr gesetzliches Erbrecht verloren hatten, den *legitimis*, und zwar den Agnaten und *gentiles* vorsetzte, indem er ihnen ein den *suis* gleiches prätorisches Erbrecht gab. Seit der Zeit muß er jedenfalls auch den *sui*, auf welche sich die *bonorum possessio* ursprünglich wohl nicht bezog, die Möglichkeit der *bonorum possessio* gewährt haben, und zwar verband er sie mit den *emancipati* usw. zusammen zu einer prätorischen Erbklasse, nämlich zur Klasse *unde liberi*, welche er an die Spitze seiner Intestatberechtigten stellte. Hatte solch ein *emancipatus* die *bonorum possessio* erlangt, so konnte ihm der *iure civili* erbberechtigte Agnat die Erbschaft nicht mehr entziehen. Seine *bonorum possessio* war diesem gegenüber immer *cum re*. Sie wandte sich daher schon gegen das *ius civile*, war mit a. W. *iuris civilis corrigendi causa*. Dasselbe geschah später auch in anderen Fällen, insbesondere seit Antoninus Pius zu Gunsten des testamentarisch Eingesetzten, falls dem Testament bloß die zivilen Solennitäten der *mancipatio* und *nuncupatio* fehlten usw. Diese *bonorum possessio* gegen das *ius civile* ist der letzte Schritt in der Entwicklung der *bonorum possessio*. Dadurch war sie zu einer ganz selbständigen prätorischen Erbfolge geworden, die auch die *hereditas* überwinden konnte.

Nach dieser Darlegung der mutmaßlichen Entwicklung der *bonorum possessio*, derzufolge diese von Anfang an die Erbfolge (Universalsukzession) und nicht bloß, wie viele meinen, die Regulierung des Besitzes der Erbschaftssachen im Erbschaftsprozeß zum Gegenstand hatte, gehen wir jetzt zur Darstellung des fertigen Instituts in seinen Hauptgrundsätzen über.

I. Das *edictum perpetuum* seit Hadrian (§ 8) ordnete die *bonorum possessio* nach zwei Gruppen:

A. Si tabulae testamenti extabunt —. Hier unterscheidet es wieder zwei Arten der *bonorum possessio:*

1. Gewissen Personen — Klasse *unde liberi* — gibt es die *bonorum possessio* selbst gegen das Testament, wenn sie darin weder als Erben eingesetzt noch exherediert sind. Dies ist die *bonorum possessio contra tabulas (testamenti),* das prätorische Noterbrecht (§ 138 II).

2. Fehlt es an solchen oder melden sie sich nicht, so gibt es die *bonorum possessio* den im Testament als Erben Eingesetzten. Dies ist die *bonorum possessio secundum tabulas,* die prätorische Testamentserbfolge.

B. Si tabulae testamenti nullae extabunt. In dieser Gruppe beruft das Edikt die Intestaterben, und zwar außer den *iuri civili* Berechtigten die von ihm geschaffenen Intestaterbklassen, wie dies später (§ 135) gezeigt werden wird.

Danach gibt es also drei Unterabteilungen der *bonorum possessio:* die *bonorum possessio contra tabulas,* die *bonorum possessio secundum tabulas* und die *bonorum possessio intestati.*

II. Auch bei der *bonorum possessio* muß man Delation und Akquisition unterscheiden. Die Delation tritt für die nach Lage des Falles Erstberufenen mit dem Tode des Erblassers, für jede folgende Klasse dagegen mit der Erfolglosigkeit der vorgehenden ein und wiederholt sich sukzessive, bis eine Klasse erwirbt, beziehungsweise bis alle Klassen durchgemacht sind. Dann erst ist der Nachlaß vakant. Die Akquisition dagegen erfolgt stets durch magistratischen Akt, und zwar durch die *datio bonorum possessionis* seitens des Prätors, welche ein *petere* oder *agnoscere bonorum possessionem* durch den Delaten voraussetzt. Betreffs dieser *datio* gilt folgendes:

1. Gewöhnlich erfolgt sie ohne weiteres *ex edicto* auf Grund eines schriftlichen Gesuches des Petenten, in welchem dieser die Tatsachen anführt, auf welche hin er nach dem Edikt die *bonorum possessio* beansprucht. Daraufhin wird ihm, falls nur diese Tatsachen überhaupt einen ediktsmäßigen Grund bilden, ohne Prüfung ihrer Richtigkeit die *bonorum possessio* erteilt, aber so, daß diese *datio* immer nur für den Fall der Richtigkeit der erwähnten Tatsachen Geltung hat. Den bezüglichen Beweis hatte der Petent erst später bei Anstellung des *interdictum quorum bonorum* zu führen. Neben dieser *bonorum possessio edictalis* gibt es noch eine *bonorum possessio decre-*

talis, welche erst nach vorangegangener *causae cognitio* durch Dekret gegeben wird. Sie war die Ausnahme, welche z. B. dann eintrat, wenn auf Seite des Petenten irgend eines der ediktsmäßigen Erfordernisse zwar nicht genau vorhanden war, aber doch dem Geiste des Edikts nach ihm die *bonorum possessio* gebührte.

2. Das *petere bonorum possessionem* ist an gewisse Fristen gebunden. Diese betrugen gewöhnlich, wohl im Anschluß an die alte *cretio,* hundert *dies utiles,* für Deszendenten und Aszendenten dagegen einen *annus utilis,* beides *a tempore scientiae delationis* gerechnet. Erwirbt der Delat während dieser Frist die *bonorum possessio* nicht, so ist sie der folgenden Klasse deferiert, der wieder dieselben Fristen zugute kommen usf.

Wer während dieser Fristen die *bonorum possessio* nicht erlangt hat, kann trotzdem *iure civili heres* sein oder werden und sein Erbrecht mittelst der *hereditatis petitio* geltend machen. Doch kann, wie wir bereits früher gesehen haben, der *bonorum possessor* dieser Klage gegenüber durch besondere *exceptio* geschützt sein. Dann ist seine *bonorum possessio cum re,* sonst *sine re.* Fälle der ersteren haben wir bereits kennen gelernt. Entscheidend dafür ist die Stellung, welche der *heres* in der prätorischen Reihenfolge der Erbberechtigten einnimmt. Steht er auch nach der Reihenfolge des Edikts vor dem *bonorum possessor,* so wird die *bonorum possessio* des letzteren *sine re* sein, steht er nach ihm, so wird sie *cum re* sein. Steht er ihm endlich gleich, so ist sie *partim sine, partim cum re,* d. h. der *bonorum possessor* muß mit ihm die Erbschaft teilen. Hat z. B. jemand die *bonorum possessio intestati* erlangt, so wird seine *bonorum possessio* dem Testamentserben gegenüber, der die *bonorum possessio* versäumt hat, und sich jetzt nur auf sein Zivil-Erbrecht stützt, *sine re* sein, weil auch nach der Reihenfolge des Prätors das testamentarische Erbrecht dem Intestaterbrecht vorgeht. Hat ein *emancipatus* die *bonorum possessio intestati* agnosziert, so wird selbe der *hereditatis petitio* des *agnatus* gegenüber *cum re,* der eines *suus* (seines Bruders) gegenüber *partim cum re, partim sine re* sein.

III. Die Wirkung der *bonorum possessio* ist die prätorische Erbfolge. Der *bonorum possessor* ist zwar nicht *heres — praetor heredes facere non potest —* wohl aber *heredis loco,* er ist mit a. W. an des *heres* Statt, ebenso wie dieser unmittelbarer, aber nur prätorischer Universalsukzessor des Erblassers. Als solcher ist er auch Eigentümer aller Erbschaftssachen, nur nicht *ex I. Q.,* doch aber nach prätorischem Recht, er hat sie *in bonis* (quiritisches Eigentum erlangt er auf die *bonorum possessio* hin erst durch Usukapion, § 56). Desgleichen ist er an Erblassers Statt auch Gläubiger und Schuldner, aber wieder nicht *iure civili,* sondern nach prätorischem Recht. Er hat daher nicht die zivilen Eigentums- und Forderungsklagen wie der *heres,* sondern nur prätorische *utiles actiones,* anderseits kann gegen ihn als Schuldner auch nicht wie gegen den *heres*

die gewöhnliche Klage, sondern wieder nur eine *utilis actio* angestellt werden. Diese prätorischen Klagen waren *actiones ficticiae* (§ 161). Die Formel lautete nach Gaius bei der Eigentumsklage des *bonorum possessor: Si A^s A^s Lucio Titio heres esset, tum si paret fundum C. ex iure Quiritium eius esse oportere, nisi arbitratu tuo restituet N^m N^m A^o A^o quanti fundus erit condemna, s. n. p. a.,* bei den Forderungsklagen: *Si A^s A^s Lucio Titio heres esset, tum si paret N^m N^m A^o A^o sestertium X milia dare oportere N^m N^m A^o A^o in X milia condemna s. n. p. a.* — Endlich hat jeder *bonorum possessor* als Mittel, um sich auf die *bonorum possessio* hin den Besitz der Erbschaftssachen zu verschaffen, von jeher das *interdictum quorum bonorum,* selbst gegen den *heres* und den, der *pro herede* usukapiert hatte, und erhielt später auch noch eine *hereditatis petitio possessoria.* Von beiden wird später genauer die Rede sein.

Der Gegensatz zwischen *bonorum possessio* und *hereditas* beherrscht das klassische Recht. Wie gezeigt, hat auch hier das prätorische Recht das *ius civile* überwunden, da schließlich im Konfliktsfalle mit der *bonorum possessio* das zivile Erbrecht des *heres* nur insofern praktische Bedeutung hat, als ihm der Prätor eine solche zuerkennt, was nur dort der Fall ist, wo ihm keine *bonorum possessio cum re* gegenübersteht.

II. Die testamentarische Erbfolge.

§ 128.

Begriff des Testaments.

Ulp. XX, 1; l. 1 D. *q. test. fac.* XXVIII, 1; l. 4. D. *de adim.* XXXIV, 4.

Das Testament ist das einseitige letztwillige Rechtsgeschäft auf den Todesfall, durch welches sich der Testator einen oder mehrere Erben nennt.

1. Als einseitiges Rechtsgeschäft setzt es eine Zustimmung oder Mitwirkung des eingesetzten Erben nicht voraus.

2. Als letztwilliges Rechtsgeschäft bindet es den Testator gar nicht, dieser kann es vielmehr während seines ganzen Lebens, insbesondere durch Errichtung eines neuen Testaments, wieder aufheben. Insoferne heißt es *voluntas testatoris ambulatoria est usque ad mortem.*

3. Als Geschäft auf den Todesfall ist es die *sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.* So lange der Testator lebt, hat der zum Erben Eingesetzte aus dem Testamente noch gar kein Recht; ein solches erlangt er immer erst dann, wenn der Testator bei fortdauernder Giltigkeit des betreffenden Testaments verstirbt. Jetzt wird es Grundlage für seine Beerbung.

4. Es muß mindestens eine giltige (sei es auch nur bedingte) Erbeseinsetzung enthalten. Erbeseinsetzung und Testament sind untrennbar

mit einander verknüpft. Ohne Testament keine Erbeseinsetzung, diese kann nur durch ein Testament, nicht durch andere letztwillige Verfügung erfolgen. Anderseits aber auch ohne Erbeseinsetzung kein Testament; diese bildet den wesentlichen Inhalt desselben, fehlt es an einer solchen, so ist das Testament ungiltig. Die Erbeseinsetzung ist das *caput et fundamentum testamenti*. Dies zeigt sich auch darin, daß die übrigen Verfügungen, welche das Testament enthalten kann (Freilassungen, Vormundsbestellungen, Vermächtnisse), in ihrer Giltigkeit von der Giltigkeit und Wirksamkeit der Erbeseinsetzung abhängen.

§ 129.

Die Testierfähigkeit.

Gai. II, 114, 118—122; Ulp. XX, 10—16; J. *quib. non est perm.* II, 12.

Nur der kann ein Testament errichten, der die Testierfähigkeit *(testamentifactio activa)* hat. Diese setzt folgendes voraus:

A. Die *testamentifactio* im römischen Sinne, d. i. das römische *commercium* (§ 29) in seiner Anwendung auf Testamente. Das römische Testament ist ein spezifisch-römisches Geschäft, daher können an demselben, sei es als Testator, sei es als Zeuge, sei es als Eingesetzter, nur solche Personen partizipieren, welche das römische *commercium* haben, also: *cives Romani* und *Latini*. Peregrinen sind vom römischen Testament ganz ausgeschlossen. Dagegen können sie nach ihrem Heimatsrecht giltig testieren, dessen wieder der Römer unfähig ist (§ 29). Folgeweise können die *peregrini dediticii*, da sie kein Heimatsrecht haben (§ 29), gar kein Testament errichten; ein Testament *iuris gentium* gibt es nicht. Zufolge besonderer Bestimmung können auch die *Latini Iuniani* trotz ihrer *testamentifactio* doch kein Testament errichten. Ihre *testamentifactio* äußert sich darin, daß sie beim römischen Testament als Zeugen fungieren und in demselben giltig eingesetzt werden können.

B. Die Fähigkeit, ein selbständiges Aktivvermögen zu haben. Mangels dieser Fähigkeit können kein Testament machen: Hauskinder. Haben sie ein *peculium castrense vel quasi*, so können sie darüber testieren, nicht aber auch über ihre *bona adventicia* (§ 114). Dagegen können *filiifamilias* giltig als Erben eingesetzt werden und im Ganzen (§ 130) giltig als Testamentszeugen fungieren.

C. Die erforderliche Handlungsfähigkeit. Wahnsinnige, gerichtlich erklärte Verschwender und Unmündige können kein Testament machen, letztere auch nicht *auctoritate tutoris* (§ 36). Frauenspersonen konnten ursprünglich, in Berücksichtigung der Interessen ihrer *legitimi heredes*, gar nicht testieren, nicht einmal *auctoritate* ihres Geschlechtstutors. Eine Ausnahme davon galt für *libertae* und solche *ingenuae*, welche durch *cöemptio* in die *manus* gekommen und durch *remancipatio* und *manumissio sui iuris* geworden waren (§ 107). Diese standen ebenso wie die *libertae*

in der *legitima tutela* ihres Manumissors (§ 122 *B*), der zugleich ihr gesetzlicher Erbe war (§ 137), und waren *auctoritate* desselben testierfähig. Wollte daher eine *ingenua* sich die Testierfähigkeit verschaffen, so mußte sie mindestens eine *cöemptio fiduciae causa* schließen (§ 107), sich vom *cöemptionator* manzipieren und vom Inhaber des *mancipium* manumittieren lassen. Dann konnte sie *auctoritate* des letzteren (des Manumissors) testieren. Hadrian beseitigte diese Formalitäten und bestimmte, daß auch *ingenuae* ohne diesen Umweg sofort *auctoritate* ihres Geschlechtstutors testieren können. Zur Interposition derselben konnte der Geschlechtstutor, mit Ausnahme des *tutor legitimus* (§ 122), gezwungen werden. Fehlte es an der *auctoritas tutoris*, so war das Testament der Frauensperson *iure civili* ungiltig, doch gab der Prätor daraufhin eine *bonorum possessio secundum tabulas*, die aber den *legitimi heredes* der Frauensperson gegenüber *sine re* war. Mit der Geschlechtstutel fielen diese Beschränkungen weg; im Justinianischen Recht sind Frauenspersonen ebenso testierfähig, wie Mannspersonen. Nach klassischem Recht waren endlich noch testierunfähig Taube und Stumme. Justinian hat dies eingeschränkt auf solche, die von Geburt aus taubstumm sind.*)

D. Der Testator muß endlich subjektiv auch *de statu suo certus* sein. Folgeweise kann der *paterfamilias*, der sich irrtümlich noch für einen *filiusfamilias* hält, rechtsgiltig kein Testament machen.

§ 130.

Die Testamentsformen.

Gai. II, 101—108, 119, 120; J. *de test. ord.* II, 10; l. 27 D. *qui testam.* 28, 1; Bruns p. 270 sq.

Mit einziger Ausnahme des Militärtestaments (§ 133) muß das Testament in einer der vom Recht aufgestellten Formen errichtet sein, Außerachtlassung der Form hat Ungiltigkeit zur Folge, es entsteht kein Testament. Im Lauf der Geschichte hat es verschiedene Testamentsformen gegeben.

A. Die ältesten Formen waren: das *testamentum in comitiis calatis* und das *in procinctu*. Ersteres wurde in den Kuriatkomitien errichtet, welche zu diesem Behufe zweimal im Jahre vom Oberpontifex berufen wurden. Das Ganze war somit ein publizistischer Akt. Alles andere ist ungewiß; so vor allem die Frage, ob dieses Testament, wie die griechische εἰσποίησις, auf eine Adoption für den Todesfall hinauslief, ob ein genehmigender Beschluß der Kurien gefordert wurde, oder ob diese hiebei von jeher, wie das wohl später der Fall war, nur als Zeugnisversammlung fungierten usw.

*) Alle diese Personen können auch nicht als Testamentszeugen fungieren. Dagegen können sie giltig eingesetzt werden. Die Bestimmung der *lex Voconia* (wahrscheinlich 585 d. St.; 169 v. Ch. § 152), daß Frauenspersonen von einem Bürger erster Klasse nicht eingesetzt werden können, ist bedeutungslos geworden.

Außer diesem Friedenstestament gab es als Kriegstestament das *in procinctu*, welches dann zulässig war, *cum belli causa arma sumebant*. Über die Form desselben wissen wir ebenfalls nichts. Insbesondere muß es dahingestellt bleiben, ob es vor dem Heer (wofür eher Gaius und die Parallele des *testamentum in comitiis calatis* sprechen) oder bloß vor einigen Kameraden (Plutarch) errichtet wurde.

B. Neben diesen zwei ältesten Formen bildete sich später als Privattestament das *testamentum per aes et libram* (§ 51). Vorerst nur dann zugelassen, wenn jemand *subita morte urgebatur*, so daß das Komitialtestament nicht errichtet werden konnte, wurde es später allgemein anwendbar und hat schließlich die vorerwähnten alten Formen ganz verdrängt, so daß sie außer Übung kamen. Wann das Testament *per aes et libram* aufkam, ist unbekannt. Jedenfalls tritt uns hiebei, wie wir sehen werden, die Manzipation bereits in rein künstlicher Anwendung entgegen. Ein ernstlicher Kauf kann sie hier niemals gewesen sein. Schon das spricht für spätere Entstehung dieses Testaments. Unterstützt wird dies durch den weiteren Umstand, daß die Manzipation hier mit einer *nuncupatio* des Manzipanten verknüpft ist, was wir sonst nirgends finden (§ 51).*) Diese enthält sogar, wie wir sehen werden, den eigentlichen Testierakt, was wohl nur auf den Satz der XII Tafeln: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* zurückgeführt werden kann. Demzufolge dürfte diese Testamentsform überhaupt erst im Anschluß an die XII Tafeln durch die Jurisprudenz gebildet worden sein. Das *testamentum per aes et libram* hat zwei Phasen durchgemacht:

1. Die älteste Gestalt des Manzipationstestaments war folgende: der Testator schließt mit einem Vertrauensmann, dem *familiae emptor* (in Anwesenheit der fünf Manzipationszeugen und des *libripens*), eine *mancipatio*,

*) Insofern kann man hier von einer „Verdrehung der Manzipation" sprechen. Bei den regulären Manzipationsfällen geht die *nuncupatio* nicht vom Manzipanten (Veräußerer), sondern nur vom Erwerber aus (§ 51). Mit Unrecht beruft man sich für die gegenteilige Ansicht auf den Satz der XII Tafeln: *cum nexum facit mancipiumve. uti lingua nuncupassit, ita ius esto.* Denn so wie der, welcher *nexum facit* nur der Forderungserwerber, d. i. der Gläubiger ist (§ 81), so ist der, welcher *mancipium facit* nur der Sach-Erwerber. Dieser, nicht der Manzipant, ist an dem Manzipationsakt und dessen Rechtsgiltigkeit zunächst interessiert, er schafft die Zeugen herbei usw., ist also eigentlich tätig. Daher kann man von ihm zutreffend sagen, daß er *mancipium facit.* Dann ist er aber auch der, welcher nach obigem XII Tafelsatze: *lingua nuncupat.* Daß im Gegensatz dazu bei der obigen *mancipatio familiae* der Manzipant *nuncupat*, kann seinen Grund nur darin haben, daß man die Anwendung des Satzes: *uti legassit* usw. (der ursprünglich doch nur das Komitialtestament vor Augen hatte) durch Verwertung des: *uti lingua nuncupassit* ermöglichen, das *legare* daher als *nuncupare* auf der Basis der *mancipatio familiae* erscheinen lassen wollte. Diese Tendenz brachte es mit sich, daß man hier bei dieser gekünstelten Anwendung der Manzipation den Testator als den *qui nuncupat* hinstellt. In Wahrheit ist aber diese *nuncupatio* ein besonderer mit der *mancipatio* innerlich gar nicht mehr zusammenhängender Akt.

durch welche der letztere das gesamte Vermögen *(familia pecuniaque)* des ersteren in seine *mandatela* und *custodela* zu dem Zwecke übernimmt, damit ersterer daraufhin *testamentum facere possit secundum legem publicam.* Die Manzipation, welche hier stets nur *nummo uno* erfolgte, bezweckte keine Übertragung des Vermögens unter Lebenden, war insbesondere keine fiduziarische, sondern war genau verklausuliert, sollte bloß für den Todesfall wirken und nur die Bedeutung haben, dem *familiae emptor* die Herrschaft über das Vermögen des Testators zu dem Behufe zu verschaffen, damit er nach dessen Tode die Anordnungen desselben ausführe. Diese wurden denn auch sofort im Anschluß an die *familiae mancipatio* durch die vorerwähnte, vom Testator (Manzipanten) gesprochene *nuncupatio* getroffen. Selbe war das eigentliche *testamentum,* welches zu dieser Zeit noch keine Erbeseinsetzung enthielt, sondern ein bloßes Vermächtnistestament war. An einem eigentlichen *heres* fehlte es hier, da ein solcher vielleicht nur im Komitialtestament ernannt werden konnte. Seine Stelle vertrat der *familiae emptor,* von dem Gaius sagt, daß er *heredis loco* gewesen sei. Dieser war der Repräsentant des Erblassers zu dem Behufe, damit er die Schulden bezahle und die Verteilung der vom Testator angeordneten Vermächtnisse vornehme, so daß er im Wesen als bloßer Testamentsexekutor erschien.

2. Diese Testamentsform erfuhr später durch die Jurisprudenz eine wesentliche Änderung. Zwar wurde auch jetzt die *mancipatio familiae* so wie bisher mit dem *familiae emptor* abgeschlossen. So wie früher sprach dieser dabei die herkömmlichen Worte: *familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empta,* schlug mit dem *rauduscnlum* an die Wage und übergab dies *pretii loco* dem Manzipanten (Testator). Allein trotz dieser Erklärung sollte er jetzt die *mandatela* und *custodela* des Vermögens überhaupt gar nicht mehr erhalten, der ganze Akt wurde nur mehr als Rechtsform *veteris iuris conservandi causa* vorgenommen, um dadurch die herkömmliche Basis für die *nuncupatio testamenti* zu gewinnen, in welche nunmehr auch die Ernennung des *heres,* die man jetzt auch hier zuließ, und die von nun an ein wesentliches Erfordernis des Testaments bildete, verlegt wurde. Die ganze *mancipatio* wurde nur mehr *dicis causa* vorgenommen, der *familiae emptor* war nicht mehr wie früher *heredis loco,* sondern sank zu einer bloßen Solennitätsperson herab, deren Mitwirkung, wie die der Zeugen und des *libripens,* bloß der Form wegen erfolgte. Während früher die Manzipation ein ernstlich zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen Testator und *familiae emptor* war, durch welches dieser mit seinem Willen zum künftigen Repräsentanten des Erblassers gemacht wurde, dem dann durch die *nuncupatio testamenti* erst die Vermächtnisse auferlegt wurden — ist die Manzipation jetzt materiell ganz wirkungslos, der *familiae emptor* ein

bloßer Figurant, der mittun muß, damit auf der Grundlage des formell zweiseitigen Manzipationsaktes vom Testator die einseitige *nuncupatio testamenti* vorgenommen werden könne, in welche die Erbeseinsetzung und alle sonstigen Verfügungen aufgenommen werden. Sachlich ist das Testament bereits jetzt ein einseitiges Rechtsgeschäft, da es seinen Inhalt nur mehr durch den Willen des Testators erhält und die positive Mitwirkung des *familiae emptor* bloß zur Rechtsform gehört. Aber auch jetzt tritt der ursprüngliche Charakter des Manzipationstestaments (1), demzufolge es ein Geschäft zwischen Testator und *familiae emptor* war, an welches sich dann erst die Anordnung der Legate anlehnte, noch darin hervor, daß solche Personen, welche mit einer der zwei Geschäftsparteien: Testator und *familiae emptor*, durch *patria potestas* verbunden sind, auch in der späteren Zeit nicht als Testamentszeugen verwendet werden konnten. Daß Zeugen und *libripens* auch hier *cives Romani puberes masculi* sein mußten, ergibt sich daraus, daß sie auch hier Manzipationszeugen sind. In Nachwirkung dessen blieben Frauenspersonen bis in unsere Zeit vom Testamentszeugnis ausgeschlossen.

Gehen wir nunmehr zur Charakterisierung der jetzt das Testament bildenden *nuncupatio testamenti* über, so konnte diese in doppelter Gestalt auftreten:

a) Entweder so, daß der Testator im Anschluß an die *mancipatio familiae* sofort den ganzen Inhalt seines letzten Willens: Erbeseinsetzungen, Vermächtnisse, Freilassungen usw. mündlich in solenner Weise vor den anwesenden sieben Solennitätspersonen (*familiae emptor, libripens* und fünf Manzipationszeugen) erklärt. Dies ist das mündliche Testament *(testamentum nuncupativum)*.

b) Oder so, daß er eine von ihm vorbereitete Urkunde, welche seinen letzten Willen enthält, nach vorgenommener *mancipatio* den erwähnten Solennitätspersonen vorzeigt und dabei bloß die allgemeine Nuncupationsformel ausspricht: *haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote.* Dadurch wird diese Urkunde, deren Inhalt die Solennitäts-Personen nicht zu erfahren brauchten, zur Testamentsurkunde. Behufs Sicherung ihres Inhaltes und ihrer Identität für den Fall künftiger Agnoszierung wurde diese Urkunde sofort versiegelt, und zwar so, daß jeder der fünf Manzipationszeugen auf den Verschluß derselben sein Siegel unter Beifügung seines Namens setzte; häufig mochten sogar alle sieben Solennitätspersonen (die fünf Zeugen, der *libripens*, der *familiae emptor*; oder der *antestatus?*) ihre Siegel aufgesetzt haben. Das ist das schriftliche Testament *(testamentum in scriptis)*. Der Geheimhaltung des letzten Willens wegen war diese Art des Manzipationstestaments das gewöhnlich gebrauchte Testament des klassischen Zivilrechts.

C. Das Ergebnis der Errichtung des schriftlichen Manzipationstestamentes war, wie gezeigt, eine mit fünf beziehungsweise mit sieben

Siegeln verschlossene Testamentsurkunde. Im Anschluß daran erklärte der Prätor, daß er dem, welcher in *tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege (i. e. iure civili) oportet* zum Erben eingesetzt sei, die *bonorum possessio secundum tabulas* (§ 127) geben werde. So noch Verres in seinem *edictum urbanum*. Nachdem jedoch die oberwähnte Siegelung durch alle sieben Solennitätspersonen allgemein geworden war, wurde die Ediktsbestimmung dahin geändert, daß der Prätor die *bonorum possessio secundum tabulas* nur dem zusicherte, welcher in einem *septem signis signatum testamentum* eingesetzt ist. Bei beiden Ediktsformulierungen dachte der Prätor zunächst an ein *iure civili* giltiges schriftliches Testament, ohne die Absicht zu haben, eine neue Testamentsform einzuführen. Die *bonorum possessio*, welche er dem Testamentserben in Aussicht stellte, ist zunächst *iuris civilis adiuvandi causa*. Denn aller Regel nach waren beim Zustandekommen einer solchen Urkunde auch alle zivilen Formen beobachtet worden. Trotzdem lag aber darin doch der Ausgangspunkt für die Bildung einer besonderen prätorischen Testamentsform. Denn nach dem Wortlaut des Edikts kam es nur auf die Zahl der Siegel (erst fünf, dann sieben) an, die *mancipatio* und *nuncupatio* waren nicht erwähnt. Fehlten diese zivilen Formen, so erlangte der Eingesetzte, der sich auf eine solche Urkunde stützte, doch die *bonorum possessio secundum tabulas*, die freilich vom *heres iure civili* wegen ziviler Ungiltigkeit des Testaments durch *hereditatis petitio* zur *bonorum possessio sine re* gemacht werden konnte. Immerhin war die *bonorum possessio* aber dann *cum re*, wenn kein Zivilerbe da war oder derselbe sein Zivilerbrecht nicht geltend machte. Dies änderte sich erst durch ein Reskript des Antoninus Pius, welches den in einem solchen Testament Eingesetzten gegen den Zivilerben durch eine *exceptio* schützte, obwohl die Förmlichkeiten der *mancipatio* und *nuncupatio* nicht beobachtet waren. Erst dadurch wurde das selbständige prätorische Testament geschaffen, indem jetzt der in einer ediktsmäßigen Urkunde Eingesetzte daraufhin doch die Erbschaft selbst dann behauptete, wenn die Urkunde als Testament *iure civili* ungiltig war.

D. Seitdem kam beim schriftlichen Testament die Formalität der *mancipatio* und *nuncupatio* immer mehr außer Übung; beim mündlichen Testament wurde sie durch Theodosius II. beseitigt, welcher ziviles und prätorisches Testament mit einander verschmolz. Im Anschluß daran gestaltet sich das Privattestament im Justinianischen Recht folgendermaßen:

1. Dasselbe unterscheidet ein schriftliches und mündliches Privattestament. Beiden gemeinsam ist:

a) Das Erfordernis der Anwesenheit von sieben mündigen Zeugen männlichen Geschlechts, welche vom Testator besonders aufgefordert sein müssen, als Testamentszeugen zu fungieren *(testes rogati)*. Unfähig Testamentszeugen zu sein, sind Wahnsinnige, Taube, Stumme, gerichtlich

erklärte Verschwender, ferner der eingesetzte Erbe und solche, welche mit ihm oder mit dem Testator durch *patria potestas* verbunden sind.

b) Das Erfordernis der *unitas actus*, demzufolge der ganze Akt ununterbrochen *(uno contextu)* ohne Einmischung anderer Handlung in Gegenwart der Zeugen von Anfang bis zu Ende vollzogen werden muß. Dies war ein „altüberliefertes Stück des römischen Formalrechtes" überhaupt.

2. Im Übrigen scheidet sich das mündliche vom schriftlichen Testament:

a) Errichtet der Testator ein mündliches Testament, so ist nur gefordert, daß er seinen Willen vollständig, mündlich, in hörbarer und verständlicher Weise vor den Zeugen erkläre. Schriftliche Aufzeichnung dieses Willens seitens des Testators oder der Zeugen geschieht nur des Beweises wegen und ist für den Rechtsbestand des Testaments gleichgiltig.

b) Will der Testator schriftlich testieren, so muß er die, sei es von ihm selbst oder von einem andern geschriebene Urkunde den Zeugen mit der Erklärung vorlegen, daß selbe sein Testament enthalte (den Inhalt der Urkunde brauchen sie auch jetzt nicht zu erfahren). Sofort hat er diese Urkunde (wenn er sie nicht selbst geschrieben hat) vor den Zeugen eigenhändig zu unterfertigen. Sodann müssen die Zeugen selbe mit Beisetzung ihres Siegels unterschreiben *(subscribere)*, endlich selbe unter Beifügung ihrer Namen versiegeln.

Für besondere Fälle bestehen Abweichungen von der ordentlichen Form des Privattestaments, indem bald mehr, bald weniger gefordert wird. Weniger: beim *testamentum tempore pestis conditum*, die Zeugen brauchen nicht gleichzeitig anwesend zu sein; beim *testamentum ruri conditum*, es genügt die Zuziehung von fünf Zeugen, welche aber den Inhalt auch des schriftlichen Testaments erfahren müssen. Mehr: beim Testament eines Blinden, indem hier ein achter Zeuge zugezogen werden muß, welcher die Testamentsurkunde den übrigen Zeugen vorliest und mit unterschreibt. Eine durchaus singuläre Stellung nimmt das Militärtestament ein (§ 133).

E. Neben dem Privattestament gibt es in der christlichen Kaiserzeit und im Justinianischen Recht auch wieder öffentliche Testamente *(testamenta publica)*, d. h. solche, welche unter Intervention einer öffentlichen Behörde errichtet werden. Diese sind das *testamentum apud acta conditum* und das *principi oblatum*. Ersteres errichtet der Testator dadurch, daß er persönlich vor einer Gerichtsbehörde (oder einem Munizipalmagistrat) erscheint und daselbst seinen letzten Willen zu Protokoll gibt; letzteres dadurch, daß er selbes mittelst Bittschrift dem *princeps* zur Aufbewahrung überreicht.

§ 131.

Inhalt des Testaments.

Gai. II, 115—117; Ulp. XXII, 1 sq.; J. *de her. inst.* II, 14; Gai. II, 179—184; J. *de vulg. subst.* II, 15; *de pup. sub.* II, 16.

Der wesentliche Inhalt des Testaments ist die Erbeseinsetzung *(institutio heredis)*, d. i. die Ernennung eines direkten Universalsukzessors von Todeswegen (§ 124).

A. Zur Giltigkeit der Erbeseinsetzung ist (abgesehen von dem zur Giltigkeit des Testaments überhaupt Erforderlichen §§ 129, 130) insbesondere noch folgendes notwendig:

1. Die *testamentifactio passiva* d. i. die Fähigkeit, im Testament als Erbe eingesetzt zu werden. Diese fehlt:

a) allen denen, die das römische *commercium* nicht haben, also den Peregrinen. Eigene Sklaven kann der Testator *cum libertate* als Erben einsetzen (§ 28), fremde *ex persona domini*, d. h. wenn ihr Herr einsetzungsfähig ist.

b) Den sog. *personae incertae*, d. h. solchen, von denen sich der Testator eine bestimmte Vorstellung ihrer Individualität nicht machen kann. Aus diesem Grunde konnten ursprünglich nicht eingesetzt werden juristische Personen und noch Ungeborne *(postumi)*. Die Einsetzung der letzteren wurde dann allmählich schrittweise, u. zw. zuerst für *postumi sui*, endlich auch für *postumi alieni*, zugelassen. Auch von der Einsetzungsunfähigkeit juristischer Personen wurden Ausnahmen gemacht; insbesondere konnten der römische Staat, nach klassischem Recht Stadtgemeinden von ihren Freigelassenen, später überhaupt, eingesetzt werden. Auch die Einsetzung von Göttern war nur ausnahmsweise gestattet, während in christlicher Zeit Kirchen und *piae causae* allgemein eingesetzt werden können.

2. Die Einsetzung der fähigen Person mußte nach klassischem Recht in solennen Worten: *heres esto* oder *heredem esse iubeo*, auch *heres sit*, erfolgen (unzulässig waren die Worte: *heredem instituo, esse volo, facio)*. Nach Konstantinischem und Justinianischem Recht kommt es auf diese Worte nicht mehr an, es genügt jede auf Erbeseinsetzung gerichtete deutliche Erklärung des Testators. Von jeher konnte die Erbeseinsetzung unter einer Bedingung erfolgen, desgleichen mit einem *modus* (§ 21). Resolutivbedingungen und Zeitbestimmungen *(dies a quo* und *ad quem)* sind unzulässig. Trotz derselben gilt die Erbeseinsetzung als eine unbedingte und unbefristete. Der Testator kann so viele Erben ernennen, als ihm beliebt. Ernennt er nur einen Erben, so heißt dieser *heres ex asse*, ernennt er mehrere, so heißen sie *heredes pro parte*. Diese Mehreren kann er entweder schlechtweg ohne Bestimmung der Erbquoten: *sine partibus* oder mit Bestimmung der Erbquoten: *ex certis partibus* instituieren. Im ersten Falle ergeben sich die Erbquoten *concursu*, d. h. nach der Zahl

derer, die wirklich Erben werden; im letzteren Falle nach Maßgabe der *certae partes.**) Daß aber auch hier jeder Erbe trotz der *certa pars* doch auf das Ganze berufen ist, zeigt sich darin, daß der Ausfall des einen oder des anderen von selbst verhältnismäßige Vergrößerung der Erbquoten (Akkreszenz) der Übrigen zur Folge hat. Desgleichen tritt Akkreszenz dann ein, wenn der Testator bei der Quotenbestimmung nicht das Ganze vergeben hat (A $^1/_4$, B $^2/_4$; — A erhält $^1/_3$, B $^2/_3$); ebenso anderseits Dekreszenz, wenn er irrtümlich mehr vergeben hat (C $^3/_5$, D $^4/_5$; — C erhält $^3/_7$, D $^4/_7$).

B. Unter den Erbeseinsetzungen nehmen eine besondere Stelle ein die Substitutionen. Es gibt eine Vulgarsubstitution und eine Pupillarsubstitution:

1. Der Testator kann für den Fall, daß der zuerst Eingesetzte nicht Erbe werden sollte, einen zweiten, nach diesem einen dritten usw. als Erben ernennen, und auf diese Weise *plures gradus heredum facere.* Dies ist der Fall der *substitutio vulgaris,* so genannt, weil sie in jedem Testament vorkommen kann. Der zuerst Eingesetzte heißt *institutus,* jeder folgende *substitutus.* Die Substitution ist eine bedingte Erbeseinsetzung: *Si primus heres non erit, secundus heres esto.* Man kann einem *institutus* mehrere substituieren, und anderseits auch mehreren *institutis* einen Substituten bestellen *(Si Titius et Seius heredes non erunt, Gaius heres esto).*

2. Der *paterfamilias,* welcher einen *impubes* in seiner *patria potestas* hat, kann diesem nicht bloß *vulgariter* substituieren, sondern ihm auch für den Fall einen Erben ernennen, daß er zwar nach dem Testator, aber noch vor erreichter Mündigkeit versterben sollte. Dies ist der Fall der *substitutio pupillaris.* Die gewöhnliche Form derselben ist: *Titius filius meus mihi heres esto. Si filius mihi heres non erit sive heres erit et prius moriatur, quam in tutelam suam venerit, tunc Seius heres esto.* Wird in diesem Falle der *filius impubes* nicht Erbe, so wird an seiner Statt Seius Erbe des Vaters

---

*) Verschieden von der Erbeseinsetzung *ex certa parte* ist die *ex certa re: Titius heres esto fundi Corneliani.* Diese ist eine anomale Einsetzung, weil Titius nicht auf eine *pars* (Quote) der ganzen Erbschaft, sondern auf eine einzelne Erbschaftssache eingesetzt ist, was dem Wesen der auf Universalsukzession gerichteten Erbeseinsetzung widerspricht. Gleichwohl haben die römischen Juristen eine solche Erbeseinsetzung aufrecht erhalten, indem sie sagen die *mentio certae rei* (des *fundus C.*) habe keine Bedeutung für die Erbeinsetzung, sondern enthalte nur die Anordnung eines dem Titius zu Gunsten eines Dritten auferlegten Universalfideikommisses (§ 153). Folgeweise behandeln sie den *Titius detracta mentione certae rei* als *institutus ex asse (Titius heres esto).* Als solcher erwirbt er die Erbschaft, muß dieselbe aber an den Dritten, zu dessen Gunsten die Beschränkung auf die *certa res* beigesetzt ist, mit einziger Ausnahme des *fundus Cornelianus,* den er für sich zurückbehält, herausgeben. Was der Testator gewollt hat ist dadurch realisiert: Titius ist *heres* geworden, hat aber doch nur den *fundus Cornelianus.* Ist der Dritte zu dessen Gunsten die Beschränkung beigefügt ist, nicht zu ermitteln, so ist das Universalfideikommiß und ausführbar; Titius behält die ganze Erbschaft.

(Vulgarsubstitut, *substitutio in primum casum)*; wird dagegen der *impubes* Erbe, stirbt er aber noch in der Unmündigkeit, so wird jetzt Seius kraft der Pupillarsubstitution *(substitutio in secundum casum)* Erbe des unmündigen Sohnes. Das Wesen der Pupillarsubstitution besteht daher darin, daß der Gewalthaber für den *impubes iure patriae potestatis* einen Erben ernennen, mit a. W. ein Testament machen kann. Diese *tabulae pupillares* können einen Bestandteil des väterlichen Testaments bilden oder auf einem besonderen Akt beruhen; stets gelten sie als *pars et sequela paterni testamenti* und setzen daher notwendig voraus, daß der Gewalthaber zuerst für sich ein giltiges Testament errichtet hat. Da der Pupillarsubstitut nicht Erbe des Vaters, sondern des *impubes* wird, so kann der Gewalthaber auch dem von ihm enterbten *impubes pupillariter* substituieren. Hat der Vater den *impubes* zum Erben eingesetzt, so wird er wie in obigem Beispiel, die Pupillarsubstitution gewöhnlich mit der Vulgarsubstitution verbinden *(substitutio duplex)*. Ist das nicht geschehen, sondern dem *impubes* nur für einen Fall substituiert, so wird seit einem Reskript von Marcus und Verus angenommen, daß ihm hiemit stillschweigend auch für den andern Fall substituiert sei. Die Pupillarsubstitution erlischt von selbst und notwendig, sobald der *impubes* mündig wird, da er jetzt ein Testament für sich selbst errichten kann.

Im Anschluß an die Pupillarsubstitution hat Justinian dem Aszendenten eines geisteskranken Deszendenten das Recht erteilt, diesem *ad exemplum pupillaris substitutionis* gewisse Personen für den Fall zu substituieren, daß er noch im Zustand der Geisteskrankheit verstorben sollte. Voraussetzung dieser sog. Quasi-Pupillarsubstitution ist, daß der Aszendent dem geisteskranken Deszendenten den Pflichtteil (§ 139) hinterläßt. Gewalthaber desselben braucht er nicht zu sein.

§ 132.

Aufhebung des Testaments.

Ulp. XXIII; Gai. II. 144—147; J. *quib. mod. t.* II. 17.

Ein giltig errichtetes Testament wird nachträglich ungiltig (§ 23):

1. Durch Errichtung eines neuen giltigen Testaments (§§ 128 bis 131). Wird letzteres später selbst ungiltig, so lebt dadurch das frühere Testament nicht wieder auf. Bloße Willensänderung des Testators, mag dieselbe sich auch in der Zerstörung der Testaments-Urkunde oder in ausdrücklichem Widerruf des Testaments äußern, behob nach älterem *ius civile* das Testament nicht. Darin sind jedoch später Änderungen eingetreten:

a) Hat der Testator in der Absicht, das Testament aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet, die Siegel abgerissen usw., so bleibt das Testament zwar *iure civili* trotzdem aufrecht, allein der Prätor behandelt es

als ungiltig und eröffnet, so als wenn es nicht vorhanden wäre, die *bonorum possessio intestati,* welche den in demselben Testament eingesetzten Zivilerben gegenüber *cum re* ist. Bloß zufällige Vernichtung der Urkunde behebt das Testament nicht, sondern hat höchstens die tatsächliche Folge, daß die Durchführung desselben an der Unmöglichkeit des Beweises seines Inhalts scheitert.

b) Nach einer Verordnung von Honorius sollte jedes Testament mit Ablauf von zehn Jahren ohneweiters seine Giltigkeit verlieren. Justinian hat dies dahin abgeändert, daß dieser Zeitablauf die Aufhebung nur dann zur Folge haben sollte, wenn zu demselben auch noch der ausdrückliche Widerruf des Testaments vor drei Zeugen oder vor Gericht hinzukommt. Widerruf allein oder Zeitablauf allein behebt das Testament nicht.

2. Durch spätere *capitis deminutio* des Testators. Im Falle der Kriegsgefangenschaft tritt, wenn der Testator zurückkehrt, *postliminium,* wenn er dagegen in der Gefangenschaft verstirbt, die *fictio legis Corneliae* (§ 33) ein. In beiden Fällen wird er auf Grund des Testaments beerbt. Abgesehen davon gibt der Prätor auf ein solches *iure civili* ungiltiges Testament *(testamentum irritum factum)* den eingesetzten Erben doch die *bonorum possessio secundum tabulas,* wenn der Testator zur Zeit seines Todes wieder *civis* und *sui iuris* war. Nachträglicher Verlust der Handlungsfähigkeit behebt das Testament nicht.

3. Dadurch, daß sämtliche Erbeseinsetzungen (Institutionen und Substitutionen) erfolglos bleiben *(testamentum destitutum* oder *desertum),* also keiner der Eingesetzten daraufhin Erbe wird, sei es, daß sie noch bei Lebzeiten des Testators versterben oder die ihnen deferierte Erbschaft nicht erwerben oder die Bedingung ihrer Erbeseinsetzung defizient wird.

4. Endlich *agnatione postumi sui* und infolge der *querela inofficiosi testamenti,* wovon später im Noterbrecht (§§ 138, 139) die Rede sein wird.

§ 133.

Das *testamentum militis.*

J. *de mil. test.* II, 11.

Nach dem Vorgang einer bloß temporären Verfügung Julius Cäsars wurden durch die Kaiser von Titus an den Soldaten bezüglich ihrer Testamente ganz besondere Begünstigungen gewährt. Seit Trajan kehrt in den Mandaten der Kaiser (§ 10) die tralatizische Bestimmung wieder, daß für Testamente der Soldaten in jeder Hinsicht nur der Wille des Testators maßgebend sein solle.

A. Dies gilt vor allem bezüglich der Form; das Testament des Soldaten ist von jeder Formvorschrift eximiert, es genügt dazu der ernstliche irgendwie erklärte Wille des Testators.

B. Es gilt dies aber auch bezüglich des Inhalts, so daß auch hier ohneweiters das Rechtswirkung hat, was der Soldat will. Infolgedessen sind die Testamente der Soldaten so gut wie von allen Sätzen des gemeinen Testamentsrechtes befreit. Insbesondere kann der Soldat *pro parte testatus et pro parte intestatus* versterben; hat er nämlich nur über einen Teil seines Vermögens verfügt, so fällt der Rest an die gesetzlichen Erben. Weiter kann er rechtsgiltig auch solche Personen einsetzen, die kein *commercium (testamentifactio* im römischen Sinne) haben, ferner kann er mit Hinterlassung mehrerer Testamente versterben. Das spätere Testament hebt nämlich hier das frühere nicht kraft Rechtsnotwendigkeit, sondern nur dann und soweit auf, als er dies will. Spätere *capitis deminutio* des Testators behebt das Soldatentestament nicht, wohl aber bloßer Widerruf usw.

Diese singulären Begünstigungen bildeten vorerst ein Standesprivileg der Soldaten überhaupt; Justinian hat sie auf den Fall des Feldzuges eingeschränkt. Ein solch' *beneficio militari* errichtetes Testament behält seine Kraft noch durch ein Jahr nach dem ehrenvollen Abschied des Soldaten, während es durch *missio ignominiosa* desselben sofort ungiltig wird. Folgeweise wird der Testator daraufhin nur dann beerbt, wenn er entweder noch als Soldat oder *intra annum post missionem honestam* stirbt. Stirbt er später, so hat sein Testament nur dann Bedeutung, wenn und soweit ihm eine solche nach den Grundsätzen des gemeinen Testamentsrechts (§§ 129 bis 132) zukommt.

III. Die Intestaterbfolge.

§ 134.

Die Intestaterbfolge der XII Tafeln.

Gai, III, 1—24; Ulp. XXVI; J. *de hered. q. ab. int.* III, 1; *de leg. ag. succ.* III, 2.

Das gesetzliche Erbrecht ist ein Intestaterbrecht (§ 124), denn es tritt nur ein: *si certum est patremfamilias intestatum decessisse,* d. h. wenn der Erblasser entweder ohne giltiges Testament verstorben ist (sei es, daß er gar keines errichtet hat, sei es, daß das errichtete noch bei seinen Lebenszeiten behoben worden ist), oder wenn das hinterlassene giltige Testament nach seinem Tode aus irgend einem Grunde ungiltig geworden ist (§ 132). Im ersten Falle tritt die gesetzliche Berufung sofort mit dem Tode des Erblassers, im zweiten Falle dagegen erst (vielleicht geraume Zeit) nach seinem Tode in dem Momente ein, in welchem das Testament ungiltig wird (§ 132). Berufen ist immer nur der, welcher in dem Zeitpunkt der Berufung dem Gesetze nach der nächste ist, vorausgesetzt, daß er zur Zeit des Todes des Erblassers wenigstens bereits als *nasciturus* vorhanden war. Das Intestaterbrecht ist ein Familienerbrecht (§ 124). Im Sinne des alten *ius civile* beruht es ausschließlich auf dem zivilen Familienverband (§ 124), d. h. auf dem Prinzip der Agnation. Jede *capitis*

deminutio behebt daher mit der Agnation auch das alte zivile Intestaterbrecht. Die Blutsverwandtschaft als solche gibt nach altem *ius civile* niemals ein Intestaterbrecht; ebensowenig die Ehe als solche, sondern nur als Manusehe (§§107, 108). Die XII Tafeln berufen als Intestaterben folgende Personen:

1. Die *sui heredes*, das sind die im unmittelbaren Gewaltverhältnis *(patria potestas* oder *manus)* des Erblassers stehenden Familienglieder, die durch seinen Tod *sui iuris* werden. Folgeweise kann nur eine Mannsperson *sui heredes* haben. Zu denselben gehören (§ 31) die Söhne und Töchter (leibliche oder bloß adoptierte) des Erblassers, die *uxor in manu*, da sie *filiae loco* ist; weiter aber auch die Enkel von einem vorverstorbenen (oder emanzipierten) Sohn, dessen *uxor in manu*, da sie *neptis loco* ist usw. Außerdem gehören zu den *sui heredes* aber auch die *postumi*, welche, wenn sie bei Lebzeiten des Erblassers geboren worden wären, durch seinen Tod *sui iuris* geworden sein würden. Endlich auch der *in mancipii causam* gegebene Sohn nach der ersten, bezw. zweiten Manumission (§ 117). Da, wie gezeigt, die Enkel usw. von vorverstorbenen Söhnen mit Söhnen und Töchtern des Erblassers konkurrieren, so ist ersichtlich, daß es in dieser Erbklasse nicht auf die Gradesnähe (denn Söhne und Töchter sind mit dem Erblasser im ersten Grade, Enkel dagegen im zweiten Grade verwandt), sondern nur auf die Unmittelbarkeit ankommt. Die Teilung der Erbschaft erfolgt in dieser Klasse nach Stämmen *(in stirpes)*, die entfernteren *sui* bekommen den Teil, den ihr Vater (bezw. Ehemann) erhalten haben würde. Hinterläßt daher der *paterfamilias* z. B. zwei Söhne *A* und *B*, drei Enkel nach einem vorverstorbenen Sohne *C*, zwei Enkel nach einem gleichfalls vorverstorbenen Sohne *D* so geht die Erbschaft nicht — der Zahl der Erben entsprechend — in sieben gleiche Teile, sondern vielmehr in vier Stammesteile. Je einen Stammesteil (Viertel) erhalten *A* und *B*, ein Viertel die drei Enkel nach *C* (so daß jeder von diesen ein Zwölftel des ganzen Nachlasses erhält), und das letzte Viertel die zwei Enkel nach *D* (von denen jeder somit ein Achtel des ganzen Nachlasses bekommt).

2. In Ermanglung von *sui heredes* berufen die XII Tafeln den *proximus agnatus (si suus heres nec escit agnatus proximus familiam habeto)*, d. h. den oder die dem Grade nach nächsten agnatischen Seitenverwandten des Erblassers, also dessen agnatische Brüder und Schwestern (im Falle der Manusehe auch die Mutter des Erblassers, da sie diesem gegenüber *sororis loco* ist). Fehlt es an Agnaten des zweiten Grades, so sind die des dritten Grades berufen, also die agnatischen Oheime und Neffen des Erblassers usf. Erben mehrere gleich nahe Agnaten, so teilt sich der Nachlaß immer *in capita*, d. h. in so viele gleiche Teile, als erbberechtigte Agnaten vorhanden sind. Obige Stammesteilung findet in dieser Erbklasse nicht statt, insbesondere erhalten die Neffen zusammen nicht bloß die Portion ihres *parens praedefunctus*, sondern jeder den Teil, der sich nach der Zahl der Erben ergibt. Hervorzuheben ist noch folgendes:

a) Auch in dieser Klasse erben agnatische Frauenspersonen jedoch nur die *sorores consanguineae* (einschließlich der Mutter des Erblassers im Falle der Manusehe). Entferntere weibliche Agnaten (die *ultra consanguinearum gradum*), z. B. die agnatischen Nichten des Erblassers, sind *Voconiana ratione*, d. h. zufolge Interpretion der das Frauenerbrecht beschränkenden *lex Voconia* (585 d. St. 169 v. Chr.) davon ausgeschlossen.

b) Erwirbt der berufene nächste Agnat die Erbschaft nicht, so findet eine weitere Delation der Erbfolge an den zweitnächsten usw. nicht statt: *in legitimis hereditatibus successio non est.* Die Erbschaft bleibt erblos, höchstens kann nach altem Recht noch Jemand durch *in iure cessio hereditatis* oder durch *usucapio pro herede* Erbe werden (§§ 125, 144).

3. Sind endlich keine Agnaten vorhanden, so sind durch das Zwölftafelgesetz die *gentiles* des Erblassers berufen *(si agnatus nec escit, gentiles familiam habento).* Doch war dieses Erbrecht zur Zeit des Gaius bereits längst außer Übung.

§ 135.

Die Intestaterbfolge des prätorischen Ediktes *(bonorum possessio intestati).*

Gai. III, 25—31; Ulp. XXVIII, 7—11; Paul sent. IV, 8. 14 fg.; J. *de her. q. ab. int.* III, 1; *de leg. ag. succ.* III, 2; *de bonor. poss.* III, 9.

Das prätorische Edikt weicht in der von ihm schließlich aufgestellten Intestaterbfolgeordnung wesentlich vom *ius civile* ab. Außer den Agnaten beruft es auch schon bloße Kognaten des Erblassers, erkennt ferner die Ehe als solche (ohne *manus*) als Intestaterbgrund an und führt endlich den Grundsatz sukzessiver Delation durch.

A. Die Erbklassen, welche das Edikt beruft, sind folgende:

1. Die Klasse *unde liberi.* Diese besteht aus den *sui heredes* des Erblassers, sowie aus den leiblichen Deszendenten desselben, welche ohne eingetretene *capitis deminutio* seine *sui heredes* sein würden (sog. fingierte *sui*). Diese sind hauptsächlich die *emancipati* und die von ihnen nach der Emanzipation *(capitis deminutio)* erzeugten (Sohnes-) Kinder, desgleichen die vom Erblasser in Adoption gegebenen leiblichen Kinder, aber nur unter der Voraussetzung, daß sie zur Zeit des Todes des Erblassers nicht mehr zur fremden Familie gehören (also aus derselben durch Emanzipation ausgeschieden sind). Wie die Klasse der *sui heredes* des Zivilrechtes, kann auch die Klasse *unde liberi (sui* und fingierte *sui)* nur bei der Beerbung einer Mannsperson vorkommen. Betreffs der *sui* ist die *bonorum possessio unde liberi iuris civilis adiuvandi*, betreffs der übrigen (fingierten *sui*) *iuris civilis corrigendi gratia.* Die Teilung der Erbschaft erfolgt auch hier *in stirpes* (§ 134). Einer Hervorhebung bedarf noch folgendes:

a) Konkurrieren fingierte *sui*, also, um bloß den Hauptfall zu nennen, *emancipati* mit *sui heredes* des Erblassers, so sind sie nach dem

Edikt verpflichtet, ihr Vermögen mit den *sui* zu teilen *(collatio bonorum,* Kollationspflicht). Dadurch soll die Ungleichheit ausgeglichen werden, die sich daraus ergibt, daß die *sui* bei Lebzeiten des Erblassers vermöge ihrer Gewaltuntertänigkeit alles für diesen, die *emancipati* dagegen alles für sich selbst erwerben. Sollen nun die *sui* nach Vorschrift des Edikts den Nachlaß, der *iure civili* ihnen allein gehört und der vielleicht zum guten Teil aus dem durch sie vermittelten Erwerb herrührt, mit den *emancipati* teilen, so ist es nur billig, daß anderseits auch diese ihren nach der Emanzipation bei Lebzeiten des Erblassers gemachten Erwerb mit den *sui* teilen, der, wenn sie auch *sui* geblieben wären, ja ebenfalls dem Erblasser zugekommen wäre, somit den Nachlaß vermehrt hätte. Deshalb knüpft das Edikt an die *bonorum possessio* der *liberi* für die *emancipati* die Pflicht, ihr Vermögen (u. zw. nach dem Stand desselben zur Zeit des Todes des Erblassers) den *sui* zu konferieren. Von der Erfüllung dieser Kollationspflicht, welche, ihrem Grundgedanken entsprechend das nicht ergreift, was auch die *sui* trotz ihrer Gewaltuntertänigkeit ausnahmsweise für sich erworben hätten, wie z. B. den kastrensischen Erwerb (§ 114), hängt die Wirksamkeit der den *emancipati* erteilten *bonorum possessio* ab. Solange sie nicht konferieren, werden sie zu den betreffenden erbschaftlichen Klagen nicht zugelassen, der Kollationszwang ist somit nur ein indirekter.

b) Hat der Erblasser einen Sohn emanzipiert, dagegen die Kinder desselben in der *potestas* zurückbehalten (§ 116), so schloß ursprünglich ersterer die letzteren, obwohl sie *sui heredes* des Erblassers sind, von der *bonorum possessio* ganz aus, sie bekamen, falls er die *bonorum possessio unde liberi* agnoszierte, nichts, geradeso wie sie ja auch *iure civili* nicht geerbt hätten, wenn ihr Vater nicht emanzipiert worden wäre, da sie ja dann gar nicht *sui heredes* gewesen sein würden. Noch unter Hadrian wurde jedoch über Anregung Julians (§ 8) dies durch eine besondere Ediktsklausel *(nova clausula Iuliani)* dahin abgeändert, daß in einem solchen Falle der *emancipatus filius* die auf ihn entfallende Erbportion zur Hälfte an seine in der *potestas* des Erblassers zurückgebliebenen Kinder abtreten müsse *(edictum de coniungendis cum emancipato liberis).*

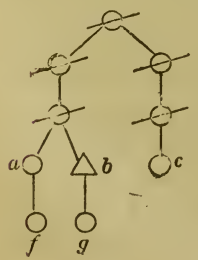
2. Die Klasse *unde legitimi.* Sind keine zur Klasse *unde liberi* gehörigen Kinder vorhanden, oder hat keines von diesen innerhalb der ediktsmäßigen Frist (§ 127) die *bonorum possessio* erworben, so beruft der Prätor die nach *ius civile* berechtigten Intestaterben (*legitimi heredes,* § 134) u. zw. nach der Reihenfolge des *ius civile,* also zuerst wieder die *sui heredes* (somit zum zweitenmal, aber ohne die fingierten *sui*), dann den *proximus agnatus,* endlich die *gentiles.* Da das prätorische Recht keinen *ipso iure*-Erwerb der Erbschaft kennt (§ 127) und den Grundsatz sukzessiver Delation durchführt, so ergibt sich dem *ius civile* gegenüber, trotz der Identität der berufenen Personen, doch sofort die Abweichung, daß der *proximus agnatus* die *bonorum possessio unde legitimi* nicht bloß dann

agnoszieren kann, wenn keine *sui heredes* vorhanden sind, sondern auch dann, wenn diese binnen der ediktsmäßigen Fristen (§ 127, hier binnen zwei Jahren (ein Jahr für die *bonorum possessio unde liberi*, wenn sie diese nicht erwerben, wieder ein Jahr in der Klasse *unde legitimi*) die *bonorum possessio intestati* nicht erworben haben. Stellt aber dann ein solcher *suus heres* gegen ihn die *hereditatis petitio* an, so macht er dadurch die *bonorum possessio unde legitimi* des Agnaten zur *bonorum possessio sine re.* (Ob auch dann, wenn der *proximus agnatus* die *bonorum possessio* nicht erwarb, schon hier oder erst in der dritten Klasse dem zweitnächsten Agnaten [der kein *legitimus heres* war] deferiert wurde, war zwischen den römischen Juristen streitig.) Eingeführt ist diese *bonorum possessio iuris civilis adiuvandi causa*, kann aber, wie gezeigt, doch auch suppletorisch wirken, indem sie die Erblosigkeit hinausschiebt.

3. Die Klasse *unde cognati.* Ist niemand aus den vorgehenden Klassen vorhanden oder hat keiner aus diesen Klassen die *bonorum possessio intestati* erworben, so beruft das Edikt die Kognaten des Erblassers bis zum sechsten Grad einschließlich, außerdem noch vom siebenten Grad die *sobrino nati*,*) u. zw. alle nach der Gradesnähe *(gradatim)*, so daß also der nähere Grad den entfernteren ausschließt. Bis zur angegebenen Grenze sind alle Kognaten berufen, sie mögen Agnaten *(cognatio civilis)* oder bloß Blutsverwandte *(cognatio naturalis)* des Erblassers sein. Daher sind in dieser Klasse immer nach der Gradesnähe berufen:

a) Alle *sui heredes* einschließlich der *uxor in manu* (also zum drittenmal), ferner alle zur Klasse *unde liberi* gehörigen fingierten *sui (emancipati* usw., diese somit zum zweitenmal), aber auch alle übrigen leiblichen Deszendenten des Erblassers, z. B. auch die von ihm in Adoption gegebenen *durante adoptione.*

b) Alle Agnaten (siehe oben 2), nicht bloß der *proximus*, sondern für den Fall, daß dieser nicht erwirbt, auch der zweitnächste usw. Insbesondere auch alle agnatischen Frauenspersonen selbst *ultra consanguinearum gradum*, also z. B. die agnatischen Nichten. Ebenso die Blutsverwandten, welche ihre Agnationsrechte durch *capitis deminutio* verloren haben. Dagegen nicht mehr die vom Erblasser emanzipierten bloßen Adoptivkinder, da diese zu ihm jetzt in gar keinem Kognationsverhältnis mehr stehen.



*) *Sobrini* sind zueinander die Kinder von Geschwisterkindern, also *a*, *b*, *c*. Stirbt also z. B. *c*, so wird er noch von *a* und *b* beerbt, welche mit ihm im sechsten Grade verwandt sind. Desgleichen aber auch von ihren Kindern *f* und *g* *(sobrino vel sobrina nati)*, welche mit ihm im siebenten Grade verwandt sind; natürlich unter der Voraussetzung, daß *a* und *b* nicht mehr vorhanden sind oder nicht erworben haben.

c) Alle Kognaten, die zum Erblasser niemals in einem Agnationsverhältnis standen, wie die durch Frauenspersonen mit ihm Verwandten.

d) Insbesondere haben in dieser Klasse auch die Kinder als solche (eheliche wie uneheliche) ein Erbrecht gegen die Mutter, ebenso diese als solche ein Erbrecht gegen die Kinder (eheliche und uneheliche). Da dieses aber erst in dieser dritten Klasse steht, so wird es durch jeden in der Klasse *unde legitimi* Berufenen ausgeschlossen. Stirbt daher z. B. die Mutter mit Hinterlassung eines agnatischen Neffen, so wird dieser als zur Klasse *unde legitimi* gehörig das bloß kognatische Erbrecht ihrer Kinder ausschließen.

4. Die Klasse *unde vir et uxor.* Ist niemand aus den vorgehenden Klassen vorhanden oder erwirbt niemand aus denselben, so beruft der Prätor den überlebenden Ehegatten (Mann oder Frau) als solchen. Dem *iūs civile* gegenüber ist diese wie die vorgehende Klasse bloß suppletorisch.

B. So wie betreffs der *bonorum possessio* überhaupt, gilt auch betreffs der prätorischen Intestaterbfolge das *successorium edictum.* Zuerst wird immer der obigen Reihenfolge nach der nächsten Erbklasse deferiert, aus welcher im Momente der Berufung Erbberechtigte vorhanden sind, also z. B. falls es sich um eine Mannsperson handelt, die Kinder hat, der Klasse *unde liberi,* falls es sich um eine Frauensperson mit Kindern handelt, sofort der Klasse *unde legitimi* u. zw. in derselben (da die Frauensperson keine *sui heredes* haben kann), dem *proximus agnatus* usw. Erwirbt aus der zunächst berufenen Klasse innerhalb der zuständigen Frist Niemand (§ 127), so wird der zweitnächsten, dann der drittnächsten usw. Klasse deferiert *(successio ordinum).* Innerhalb der einzelnen Klassen folgt die Delation wieder den Abstufungen, welche innerhalb dieser Klassen bestehen. So z. B. schreitet sie innerhalb der Klasse *unde cognati* von dem nächsten vorhandenen Grad zu dem entfernteren fort, bis die ganze Klasse erfolglos durchgegangen ist, in welchem Falle sie dann auf die nächstfolgende Klasse übergeht. Jeder Delat hat *a tempore scientiae delationis* die zuständige Frist von hundert Tagen bezw. einem Jahre (§ 127).

§ 136.

Die Intestaterbfolge des Justinianischen Rechtes.

Ulp. XXVI, 7, 8; J. *de S. C. Tertull.* III, 3; *de S. C. Orfit.* III, 4; Nov. 118, 127, c. 1.

I. Wie gezeigt, hat die Kognation schon in der prätorischen Erbfolgeordnung und zwar in der Klasse *unde liberi* und *unde cognati* eine Berücksichtigung gefunden. Weiterhin wurde ihr eine solche auf dem Gebiete des Intestaterbrechtes in immer steigendem Maße durch die spätere kaiserliche Gesetzgebung zu Teil, welche schrittweise einzelnen Kognatengruppen ein gesetzliches Erbrecht *(legitima hereditas)* beilegte, woraufhin dieselben auf der Basis der prätorischen Reihenfolge aus der Klasse *unde*

cognati in die vorgehende Klasse *unde legitimi* vorrückten. Vor allem geschah dies durch das *S. C. Tertullianum,* aus der Zeit Hadrians, welches das kognatische Erbrecht der Mutter als solcher gegen ihre Kinder für den Fall zu einem zivilen Intestaterbrecht *(legitima hereditas)* erhob, daß sie das *ius liberorum* (§ 112) hatte. Unter Voraussetzung dieses *ius (trium vel quattuor) liberorum* sollte sie nämlich zur Beerbung ihres Kindes nicht erst in der Klasse *unde cognati,* also nach allen *iure civili* erbberechtigten Agnaten, sondern schon in der Klasse *unde legitimi* zugelassen werden, aber doch nur dann, wenn das zu beerbende Kind selbst keine zur Klasse *unde liberi* gehörenden Deszendenten hinterlassen hatte, noch auch der Vater (sofern er *iure civili* erbberechtigt ist*) oder *fratres consanguinei* des Erblassers vorhanden waren. Durch diese Personen *(unde liberi,* Vater, *frater consanguineus)* wurde auch jetzt noch nach dem *S. C. Tertullianum* das Erbrecht der Mutter, welche das *ius liberorum* hatte, ausgeschlossen. Hinterließ der Verstorbene bloß *sorores consanguineae* (eine oder mehrere), so konkurrierte jetzt die Mutter mit denselben u. zw. so, daß sie die Hälfte des Nachlasses erhielt. War endlich auch keine agnatische Schwester des zu beerbenden Kindes vorhanden, so erbte die Mutter allein mit Ausschluß aller vorhandenen Agnaten. (Hatte die Mutter das *ius liberorum* nicht, hatte sie also z. B. nur zwei Kinder, so blieb ihr Erbrecht ein bloß prätorisches in der Klasse *unde cognati,* welches dem jedes Agnaten des Kindes nachstand.) Durch das *S. C. Orphitianum* aus der Zeit Mark Aurels wurde sodann das bloß kognatische Erbrecht der Kinder (ehelicher und unehelicher) gegen ihre Mutter auch zu einem gesetzlichen erhoben, welches in der Klasse *unde legitimi* dem aller Agnaten der Mutter vorgehen sollte. Durch diese Senatuskonsulte war Bresche gelegt in den Grundsatz des zivilen Intestaterbrechtes, daß nur die Agnation eine *legitima hereditas* begründe. Von nun an gab in den angeführten Fällen auch schon die bloße Kognation ein ziviles Intestaterbrecht, das eben deswegen auch von der *capitis deminutio minima* unabhängig war. Bald mehrte sich die Zahl solcher Fälle, in denen ausnahmsweise bloß kognatische Verhältnisse mit einem zivilen Intestaterbrecht ausgestattet wurden. Immer mehr und mehr Kognatengruppen erhielten gegen das alte Prinzip der Agnation ein ziviles Intestaterbrecht, so daß schließlich das Prinzip selbst, obwohl es als solches noch aufrecht war, doch immer seltener zur Anwendung kam. Es war von den neuen Ausnahmefällen überwuchert, infolgedessen war das Intestaterbrecht überhaupt ein sehr kompliziertes und nur mehr schwer zu beherrschendes geworden. Es ist das Verdienst Justinians, dasselbe wieder vereinfacht zu haben u. zw. dadurch, daß er, dem Zug der neuen Rechtsentwicklung folgend, an die Stelle der Agnation das Prinzip der Kognation als

*) Erbberechtigt ist der Vater infolge der Emanzipation des Kindes als *parens manumissor* (§ 116).

Grundlage des Intestaterbrechtes hinstellte. Dies geschah durch die Nov. 118 und die sie ergänzende Nov. 127.

II. Durch die Nov. 118 wurden die Kognaten — denen die Arrogierten und Adoptierten, soweit die Adoption überhaupt noch erbrechtliche Bedeutung hat (§ 115), gleichstehen — in vier Erbklassen eingeteilt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Kognation durch Mannspersonen oder durch Frauenspersonen vermittelt wird. Auch der Unterschied zwischen ziviler und prätorischer Erbfolge hat für diese Verwandtenerbfolge nach der Nov. 118 jede Bedeutung verloren, selbe ist jetzt durchaus eine gesetzliche Erbfolge.

Unter Aufrechthaltung der aus dem prätorischen Recht übernommenen *successio ordinum et graduum* sind die Verwandtenerbklassen der Nov. 118 folgende:

1. Die erste Klasse wird gebildet von den Deszendenten des Erblassers u. zw. sukzedieren in derselben nicht bloß die unmittelbaren Deszendenten desselben (Söhne und Töchter), sondern auch seine mittelbaren Deszendenten (Enkel, Urenkel usw.), nur immer vorausgesetzt, daß die Zwischenpersonen weggefallen sind. Ob diese mittelbaren Deszendenten von Söhnen oder Töchtern des Erblassers abstammen, ist bei der rein kognatischen Grundlage der Erbfolge jetzt ganz gleichgiltig. In dieser Klasse entscheidet nicht die Gradesnähe, da mit den Söhnen und Töchtern (erster Grad), wie gezeigt, gleichzeitig die Enkel (zweiter Grad) von verstorbenen Söhnen und Töchtern, desgleichen Urenkel (dritter Grad), falls die Zwischenpersonen weggefallen sind, zur Erbfolge kommen. Wie die leiblichen Kinder erben in dieser Klasse auch die Adoptivkinder. Geteilt wird die Erbschaft in dieser Klasse nach Stämmen *(in stirpes)*, die entfernteren erbberechtigten Deszendenten (Enkel, Urenkel) erhalten zusammen so viel, als ihr *parens praedefunctus* erhalten hätte. Man bezeichnet dies als das Repräsentationsrecht, welches aber nicht dahin aufgefaßt werden darf, daß sie *ex iure parentis* erben. Sind sie überhaupt berufen, so erben sie *iure proprio* (also auch dann, wenn z. B. ihr *parens* erbunfähig war), die sog. Repräsentation bezieht sich nur auf die Größe der Erbportion, auf nichts anderes.

2. Die zweite Klasse besteht aus den dem Grade nach nächsten Aszendenten des Erblassers (sie mögen väterliche oder mütterliche sein), ferner aus den vollbürtigen Geschwistern des Erblassers, endlich aus den Kindern vorverstorbener vollbürtiger Geschwister des Erblassers. Alle diese Personen erben nicht etwa nacheinander, sondern nebeneinander (Nov. 127). Die Teilung des Nachlasses erfolgt in der Regel *in capita* mit der Modifikation, daß die Kinder vorverstorbener Geschwister wieder zusammen die Portion ihres *parens praedefunctus* erhalten (Repräsentationsrecht). Nur dann, wenn bloß gleichnahe Aszendenten von väterlicher und mütterlicher Seite (also nicht auch vollbürtige Geschwister oder Kinder vorverstorbener vollbürtiger Geschwister) vorhanden sind, findet sog. Teilung *in lineas* statt, d. h. fällt die eine Hälfte des Nachlasses an

die berufenen väterlichen, die andere Hälfte an die berufenen gleichnahen mütterlichen Aszendenten. Jede dieser zwei gleichnahen Gruppen teilt dann ihre Hälfte *in capita*. Stirbt also z. B. *A* mit Hinterlassung seiner zwei Großeltern von der Vaterseite *B* und *C*, dann seiner Großmutter *D* von der Mutterseite, so fällt der Nachlaß zur Hälfte an *B* und *C* (von denen jeder somit ein Viertel erhält), zur andern Hälfte dagegen an die *D* (welche selbe allein hat und daher ganz behält). Würden dagegen außer den Aszendenten *B*, *C*, *D* noch ein vollbürtiger Bruder *E* des Erblassers oder Kinder einer vorverstorbenenen vollbürtigen Schwester *F* zur Sukzession kommen, so findet die Teilung *in lineas* nicht statt, sondern bleibt es bei der oben als Regel angegebenen Teilung *in capita*, bezw. *stirpes*, u. zw. sogar dann, wenn nachträglich, z. B. infolge Ausschlagung der Erbschaft durch *E*, bezw. durch die Kinder der *F*, bloß die Aszendenten *B*, *C*, *D* wirklich Erben werden. Da durch die Delation an *B*, *C*, *D*, *E* und die Kinder der *F* der Teilungsmodus *in capita* begründet ist, so bleibt es dabei auch dann, wenn auf Grund dieser Delation bloß *B*, *C*, *D* die Erbschaft erwerben. Jede von diesen drei Personen erhält dann ein Drittel und nicht *B* und *C* je ein Viertel, *D* die Hälfte, wie dies dann der Fall wäre, wenn sie in Ermanglung von Geschwistern usw. allein in dieser Klasse berufen wären. Auf Grund der Arrogation und der *adoptio plena* (§ 115) erbt in dieser Klasse auch der Adoptivvater.

3. Die dritte Klasse besteht aus den halbbürtigen Geschwistern des Erblassers, sie mögen den Vater *(consanguinei)* oder die Mutter *(uterini)* gemeinsam haben und aus den Kindern vorverstorbener halbbürtiger Geschwister des Erblassers. Auch hier erben alle in dieser Klasse Berufenen nebeneinander. Zu den *consanguinei* gehören insbesondere auch die Adoptivgeschwister im Falle einer *adoptio plena*. Die Teilung erfolgt hier immer *in capita*, mit der Modifikation, daß die Kinder vorverstorbener Geschwister zusammen wieder nur die Portion ihres *parens praedefunctus* bekommen (Repräsentationsrecht).

4. In die vierte Klasse gehören alle übrigen Seitenverwandten nach der Gradesnähe, ohne Einschränkung auf den sechsten, bezw. siebenten Grad, also *in infinitum*, soweit überhaupt noch eine Verwandtschaft nachweisbar ist. Da hier die Gradesnähe entscheidet, so sukzedieren die in dieser Klasse Berufenen nicht alle nebeneinander, sondern insofern nacheinander, als der nähere Grad stets dem entfernteren vorgeht, diesen also ausschließt. Es findet in dieser Klasse sukzessive von Grad zu Grad fortschreitende Delation statt; nebeneinander sukzedieren immer nur die Seitenverwandten desselben Grades, also z. B. alle Seitenverwandten des vierten Grades, nach diesen alle Seitenverwandten des fünften Grades usw. Die Teilung erfolgt hier immer nur *in capita*.*)

*) Auf die vier Klassen der Erbfolgeordnung der Nov. 118 beziehen sich die Memorialverse:

Sind endlich keine Verwandten vorhanden oder erwirbt von diesen keiner die Erbschaft, so kommt dieselbe nach Justinianischem Recht an den überlebenden Ehegatten nach den Grundsätzen der *bonorum possessio unde vir et uxor*. Dies ist der einzig übriggebliebene Fall der *bonorum possessio intestati*. Unbeschadet dieses sehr prekären Erbrechtes des Ehegatten, welches durch den entferntesten Verwandten ausgeschlossen werden kann, gibt Justinian der armen Witwe *(vidua inops*, d. i. *indotata)* ein außerordentliches Sukzessionsrecht (gesetzliches Vermächtnisrecht), das mit jeder Klasse der Verwandtenerbfolge konkurriert. Diesem zufolge erhält sie höchstens ein Viertel des Nachlasses, jedoch nicht mehr als hundert Pfund Goldes. Dies ist das absolute Maximum. Konkurriert sie mit mehr als drei Kindern des Erlassers, so bekommt sie nur einen Kindesteil. Konkurriert sie mit eigenen Kindern (aus ihrer Ehe mit dem Erblasser), so erhält sie an dem ihr zukommenden Teil (Viertel, bezw. Kindesteil) nur den Ususfruktus, während das Eigentum ihren Kindern (also nicht auch den Kindern des Erblassers aus früherer Ehe) zukommt. Konkurriert sie dagegen bloß mit Kindern des Erblassers aus einer anderen Ehe oder mit anderen Verwandten desselben, so erhält sie obigen Teil stets zu Eigentum. Dieses außerordentliche Sukzessionsrecht der armen Witwe gilt auch den Testamentserben gegenüber. Die Schwägerschaft gibt kein gesetzliches Erb- oder Sukzessionsrecht.

Besonderer Hervorhebung bedarf noch folgendes:

1. Für die Erbberechtigung der Deszendenten ist es jetzt ganz gleichgiltig, ob sie *sui heredes* sind oder nicht. Dessenungeachtet hat der Begriff des *suus heres* auch jetzt noch rechtliche Bedeutung für die Art des Erwerbes der Erbschaft. Die Deszendenten nämlich, welche *sui* sind, sind auch jetzt noch *heredes necessarii*, alle andern dagegen *heredes voluntarii*. Erstere erwerben daher die Erbschaft auch jetzt *ipso iure* (§ 125), letztere dagegen erst *aditione hereditatis*.

2. Die dargestellte Justinianische Erbfolgeordnung gilt auch bei der Beerbung eines Hauskindes. In erster Linie fällt daher das Vermögen desselben (u. zw. die *bona castrensia*, falls es nicht testiert hat, die *bona adventicia*, über die es nicht testieren kann, dagegen immer) an seine Deszendenten, natürlich so, daß der Gewalthaber derselben auch an diesem Erwerb *iure patriae potestatis* den Nießbrauch erhält, bezw. behält. Hat das Hauskind keine Deszendenten, so wird es von seinem Vater und seinen Geschwistern beerbt, ohne daß hier der Vater *iure patriae potestatis* an dem Erbteil der letzteren den *ususfructus* und die *gubernatio* erhielte.

Descendens omnis succedit in ordine primo.
Ascendens propior, germanus, filius eius.
Tunc latere ex uno frater, quoque filius eius.
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

3. Endlich gelten obige Grundsätze auch im Verhältnis der unehelichen Kinder zu der Mutter und den mütterlichen Verwandten. Stirbt z. B. *A* mit Hinterlassung ehelicher Enkel von einem vorverstorbenen Sohn und unehelicher Enkel von einer vorverstorbenen Tochter, so beerben ihn beide Arten von Enkeln mit gleichem Recht. Insbesondere beerben ferner uneheliche Geschwister, da sie die Mutter gemeinsam haben, einander als *uterini* in der dritten Klasse. Zwischen dem Vater und den väterlichen Verwandten einerseits, dem unehelichen Kinde anderseits gibt es kein gesetzliches Erbrecht (§ 30). Davon ist nur betreffs der Konkubinenkinder *(liberi naturales)* insofern eine Ausnahme gemacht (§§ 30, 113), als diese, falls ihr Vater ohne eheliche oder adoptierte Kinder und ohne Ehefrau verstirbt, ein Sechstel der Aktiva seines Nachlasses erhalten (gesetzliches Vermächtnisrecht). Von diesem ihnen zufallenden Sechstel müssen sie einen Kopfteil ihrer Mutter (der Konkubine) abgeben, welche für sich allein keinen Erbanspruch hat. Ein gleiches Sukzessionsrecht hat beim Tode der Konkubinenkinder ihr unehelicher Vater (nicht auch die väterlichen Verwandten).

§ 137.

Intestaterbfolge nach einem Freigelassenen.

Gai. III, 42—76; Ulp. XXVII, XXIX; J. *de succ. lib.* III, 7.

Die bisher dargestellten Intestaterbfolgeordnungen beziehen sich auf die Beerbung von Freigebornen. Handelt es sich um die Beerbung eines Freigelassenen *(libertus)*, so gilt folgendes:

I. Nach vorjustinianischem Recht ist zwischen den verschiedenen Arten der Freigelassenen (§ 28) zu unterscheiden:

A. War der Erblasser ein *libertus civis Romanus*, so waren zur Intestaterbfolge folgende Personen berufen:

1. Nach den XII Tafeln seine *sui heredes*, in Ermanglung derselben an Stelle des *proximus agnatus* (welcher hier nicht vorkommen kann) der *patronus*, bezw., wenn dieser nicht mehr vorhanden ist, dessen agnatische Deszendenten, aber nur die dem Grade nach nächsten. Ist aber neben einem Patron noch ein Sohn des vorverstorbenen Mitpatrons vorhanden, so ist nur der Patron erbberechtigt; desgleichen schließt der Sohn des Patrons die Enkel des Mitpatrons aus. Jede *capitis deminutio* behebt das Intestaterbrecht der Patronatsberechtigten, fehlt es an solchen, so sind nach altem Recht die *gentiles* des Patrons berufen.

2. Nach prätorischem Edikt folgende sieben Klassen:

a) Unde liberi (§ 135). Sind diese nicht leibliche Kinder des Erblassers (z. B. seine Adoptivkinder, seine *uxor in manu*), so erhält der Patron beziehungsweise dessen agnatische Deszendenz die Hälfte der Erbschaft *(bonorum possessio partis dimidiae)*.

b) Unde legitimi, also die Personen, welche laut Nr. 1 *iure civili* zur Beerbung des *libertus* berufen sind, nach der Reihenfolge des Zivilrechtes.

c) Unde cognati (§ 135), wobei nur zu bemerken ist, daß auf *serviles cognationes* (§ 27) keine Rücksicht genommen wird.

d) Unde familia patroni. Hier sind nochmals berufen der Patron und die *liberi* desselben, alle aber nur für den Fall, daß sie durch *capitis deminutio* ihr ziviles Erbrecht verloren haben (denn sonst gehören sie ja schon in die Klasse *unde legitimi*). Außerdem wohl auch der *parens manumissor* des Patrons, der ja auch nur infolge der *capitis deminutio* des Patrons nicht zu dessen *familia* im zivilen Sinne gehörte. Weiter findet in dieser Klasse wohl auch *successio graduum* statt, was bekanntlich in der Klasse *unde legitimi* wenigstens nicht unbestritten war (§ 135).

e) Unde patronus patroni (item liberi et parentes patroni patronaeve). Diese Klasse setzt voraus, daß der Patron des Erblassers (der bereits in den früheren Klassen berufen ist) selbst auch ein Freigelassener ist. Dann sind nämlich in dieser Klasse berufen der *patronus patronave patroni patronaeve* und die *liberi et parentes* dieses zweiten Patrons. Unter diesen sind aber nur die agnatischen oder bloß durch *capitis deminutio* von der Agnation ausgeschlossenen Deszendenten und Aszendenten des zweiten Patrons, mit a. W. die *familia* des zweiten Patrons im Sinne der obigen Klasse *unde familia patroni,* begriffen.

f) Unde vir et uxor (§ 135).

g) Unde cognati manumissoris, also die Kognaten des Patrons, ohne Rücksicht ob sie Agnaten oder bloß Blutsverwandte des Patrons sind, bis zu der für die Klasse *unde cognati* geltenden Grenze (§ 135).

Über die Erweiterungen, welche das Erbrecht des Patrons durch die *lex Papia Poppaea* (§ 112) erfahren hat: s. Gai. III, 42, 45, 50, 53.

Gleiche Grundsätze galten für die Intestatbeerbung des Bürgers, welcher *ex causa mancipii* manumittiert worden war, also des *emancipatus.* Nur trat hier an die Stelle des Patrons als Quasi-Patron der *manumissor ex causa mancipii,* er mochte *extraneus manumissor* oder (im Falle der *remancipatio* an den Vater, § 116) der *parens manumissor* sein. Folgeweise waren zur Beerbung des *emancipatus* berufen:

1. Nach *ius civile* die *sui* des Emanzipierten, der *manumissor* und dessen agnatische Deszendenz, endlich die *gens.*

2. Nach prätorischem Edikte: *unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde familia manumissoris,* die *parentes manumissoris, unde vir et uxor,* endlich die *cognati manumissoris.* In der Klasse *unde legitimi* sind hier die sub N. 1 erwähnten Personen berufen, jedoch mit der Modifikation, daß dem *manumissor* dann, wenn er ein *extraneus manumissor* ist, die nächsten zehn Kognaten *(pater, mater, filius, filia, avus, avia, nepos, neptis, frater, soror)* des Erblassers vorgehen. Dies beruhte auf der Klausel des Edikts: *unde decem personae.* Wo diese Klausel Anwendung

hat, sind daher berufen: die *liberi,* nach diesen als *legitimi* die *sui,* dann die *decem personae,* nach diesen die übrigen zur Klasse *unde legitimi* gehörigen, nämlich: der *manumissor* und dessen agnatische Deszendenz, die *gens;* weiter die *unde cognati* usw.

B. War der verstorbene *libertus* nicht *civis Romanus,* so galt folgendes:

1. War er ein *Latinus Iunianus,* so fand eine Beerbung desselben überhaupt nicht statt. Bekanntlich waren diese Freigelassenen vor Erlassung der *lex Iunia* rechtlich gar nicht frei, sondern wurden bloß vom Prätor im Zustand tatsächlicher Freiheit geschützt. Starben sie, so starben sie als Sklaven, ihr Vermögen fiel *iure peculii* an den Manumissor als ihren Herrn. Nach der *lex Iunia* wurden solche Freigelassene zwar rechtlich frei, nämlich *Latini Iuniani,* doch sollte ihr Vermögen, zufolge ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes, nach wie vor *iure peculii* an den Manumissor fallen, gerade so *ac si lex lata non esset.* Folgeweise erhielt es der Manumissor auch jetzt nicht als Erbe des *Latinus,* sondern zog es wie früher als Herr *iure peculii* ein. War er zu dieser Zeit nicht mehr am Leben, so fiel es konsequent *iure peculii* als rechtlicher Bestandteil seines Vermögens an seine Erben nach Maßgabe ihrer Erbquoten. Aus demselben Grunde teilten es mehrere Manumissoren nach Verhältnis der Eigentumsquoten, die ihnen im Moment der Manumission am Sklaven zustanden. War einer von ihnen vorverstorben, so fiel sein Anteil wieder an seine Erben. Kurz das Schicksal dieses Vermögens war dasselbe wie das des Pekuliums beim Tode des Sklaven. Obwohl bei Lebzeiten des *Latinus* rechtlich dessen Vermögen, galt es beim Tode desselben doch als Pekulium und fiel dem zu, dem das Pekulium gehören würde. Ein besonderer Erwerbsakt seitens desselben war ausgeschlossen, denn da es *iure peculii* behandelt wurde, galt es rechtlich als bereits ihm gehörig. Damit hängt auch die Bestimmung der *lex Iunia* zusammen, daß der *Latinus Iunianus* kein Testament errichten könne (§ 129). Denn da sein Vermögen mit seinem Tode rechtlich als Pekulium galt und sofort dem Manumissor oder dessen Erben gehörte, so fehlte es ja an jedem Nachlaß, über den er hätte testieren können. Der vermögensrechtlichen Grundlage dieser Sukzession entsprechend kam dieselbe ursprünglich allen Erben des Manumissors ohne Unterschied zugute. Hatte dieser also z. B. in seinem Testament seine Söhne *A* und *B,* dann die *extranei F* und *G* zu Erben eingesetzt, seinen Sohn *H* dagegen ausdrücklich enterbt, so fiel das Vermögen des von ihm manumittierten *Latinus* an alle seine Erben *A, B, F* und *G.* Bloß *H* war, weil enterbt, ausgeschlossen. Durch ein *S. C. Largianum* aus dem Jahre 41 n. Chr. wurde dies aber dahin abgeändert, daß ein Vorzugsrecht der *liberi,* welche nicht *nominatim* exherediert waren, vor den sonstigen Erben statuiert wurde. Demnach erhielten in obigem Beispiel nur mehr *A* und *B* das Vermögen des *libertus,* ihre Miterben *F* und *G* waren davon ausgeschlossen. *F* und *G* würden es jetzt erst dann erhalten, wenn *A* und *B nominatim* enterbt wären.

2. Handelte es sich endlich um einen Freigelassenen, der *dediticiorum numero* war *(peregrinus deditícius)*, so hing das Schicksal seines Vermögens davon ab, ob der Verstorbene ohne das ihm persönlich anhaftende *vitium* durch die Manumission *civis Romanus* oder bloß *Latinus Iunianus* geworden wäre. Im ersteren Falle fand Beerbung statt nach den Grundsätzen, die wir oben unter lit. *A* kennen gelernt haben, mit der selbstverständlichen Modifikation, daß in einem solchen Falle weder von *sui heredes*, noch von der Klasse *unde liberi* die Rede sein konnte, da beide Erbklassen *patria potestas* voraussetzten, deren der *peregrinus* unfähig war. Im zweiten Falle dagegen fand keine Beerbung statt, das Vermögen fiel, wie nach einem *Latinus, iure peculii* an den Manumissor, beziehungsweise an dessen Erben.

II. Im Justinianischen Recht ist der Unterschied zwischen den Freigelassenen bekanntlich weggefallen. Es gibt nur mehr *liberti cives Romani*. Die Beerbung derselben ist durch eine Konstitution Justinians aus dem Jahre 531 dahin geordnet, daß folgende Personen berufen sind:

1. Die Deszendenten jedes Grades und Geschlechtes, ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt. Auch in der Sklaverei erzeugte Deszendenten *(serviles cognationes)* finden, sobald sie nachher frei geworden sind, hier Berücksichtigung.

2. Der Patron und dessen Kinder ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt und Agnation nach der Gradesnähe.

3. Endlich die Seitenverwandten des Patrons bis zum fünften Grade inklusive nach der Gradesnähe. Die Teilung erfolgt *in capita*.

Endlich ist zu bemerken, daß Justinian in der Nov. 118 das besondere, auf der Emanzipation beruhende Erbrecht aufgehoben hat. Es gibt jetzt kein Erbrecht des Manumissors mehr, der *emancipatus* wird jetzt nach den allgemeinen Grundsätzen des § 136 beerbt.

IV. Das Noterbrecht.

§ 138.

Das formelle Noterbrecht.

Gai. II, 123—143; Ulp. XXII, 14—23; J. *de exher. lib.* II, 13.

I. Dem ältesten Recht war, wie bereits erwähnt (§ 124), das Testament unbekannt. Als es später aufkam, konnte es vorerst wohl nur dann errichtet werden, wenn keine *sui heredes* des Testators vorhanden waren. Bereits früher wurde auf die Möglichkeit eines Zusammenhanges zwischen der ältesten Erbeseinsetzung und der Adoption hingewiesen (§ 130). Die Phasen, welche die Entwicklung der Testamentserbfolge überhaupt durchgemacht hat, kennen wir nicht, nur das Schlußresultat steht fest, welches darin besteht, daß der Gedanke der Testierfreiheit auch den *sui heredes* gegenüber siegreich durchgedrungen ist. Nicht bloß die gesetzliche Erbfolge der Agnaten,

sondern auch die der *sui heredes* konnte schließlich durch das Testament des *paterfamilias* ausgeschlossen werden, nur vorausgesetzt, daß er die letzteren im Testament entweder als Erben eingesetzt oder enterbt hatte. Hatte er ihrer in dieser Weise bei den Erbeseinsetzungen gedacht, sie also z. B. sämtlich enterbt, so waren sie von der gesetzlichen Erbfolge giltig ausgeschlossen und es traten die im Testament angeordneten Erbeseinsetzungen in Kraft. Ob er sie als Erben einsetzen oder enterben wollte, stand ganz bei ihm, so daß diese bloß die *sui heredes* betreffende Einsetzungs- und Exheredationsnotwendigkeit lediglich als eine im Interesse der *sui* aufgestellte Formvorschrift erscheint. Zuwendung irgend eines Vermögensteiles konnten danach die *sui heredes* nicht beanspruchen, genug daß sie formell zu Erben (wenn auch auf eine noch so geringe Quote) eingesetzt oder enterbt waren, weshalb diese die Testamentserrichtung im Interesse der *sui* erschwerenden Vorschriften als das formelle Noterbrecht bezeichnet werden.*) Dasselbe erscheint als eine Steigerung des gesetzlichen Erbrechtes der *sui*, in ihm liegt die letzte Nachwirkung des Gedankens, daß die *sui heredes* die geborenen künftigen Herren des Familienvermögens sind, deswegen müssen sie auch jetzt noch wenigstens besonders ausgeschlossen, enterbt werden, wenn der Testator freie Verfügung über sein Vermögen erlangen soll, widrigens sie auch jetzt noch kraft Rechtsnotwendigkeit gesetzliche Erben werden.

A. Die die *sui heredes* (§ 125 *A*) betreffenden Institutions- und Exheredationsvorschriften sind von der Jurisprudenz im Interesse der *sui*, welche darin einen gewissen Schutz finden sollten, in eingehendster und minutiösester Weise ausgebildet worden. Jeder noch so geringe Verstoß gegen diese Formvorschriften machte die Verfügung ungiltig und hatte die Folge, daß die *sui* zur Intestaterbfolge gelangten. Die Hauptpunkte dieser Vorschriften sind folgende:

1. Die Erbeseinsetzung der *sui* geschieht im Ganzen in der gewöhnlichen Weise (§ 131), die Größe der Erbquote ist ganz gleichgiltig; auch eine bedingte Einsetzung ist zulässig, reicht aber für sich allein nur dann aus, wenn die Bedingung eine reine Potestativbedingung ist *(filius heres esto, si volet* — bei einem *heres voluntarius* wäre diese Bedingung eine bloße *condicio iuris*, die Erbeseinsetzung somit eine unbedingte, §§ 21, 125); sonst muß der *suus* unter der entgegengesetzten Bedingung noch besonders exherediert sein.

2. Die Enterbung *(exheredatio)* ist nach klassischem Recht keine Strafe, sondern Übung eines freien Rechtes des *paterfamilias*. Sie setzt

*) Die *sui* sind Noterben und *heredes necessarii* (§ 125). Beide Begriffe sind nicht zu verwechseln. Noterben sind sie insofern, als sie im Testament berücksichtigt werden müssen, widrigenssie gegen den Willen des Testators zu Erbfolge kommen; *heredes necessarii* insofern, als sie die Erbschaft ohne, ja selbst gegen ihren Willen erwerben.

rechtlich keinen Enterbungsgrund voraus, sondern ist in ihrer Giltigkeit nur von der Beobachtung nachstehender Formvorschriften abhängig:

a) Sie muß sich immer auf die ganze Erbschaft, und wenn mehrere Grade von Erbeseinsetzungen angeordnet sind (§ 131 *B*), auch auf alle Grade derselben beziehen, sie muß daher bei jedem Substitutionsgrad besonders wiederholt sein.

b) Die Exheredation muß mit bestimmten solennen Worten: *exheres esto,* oder *exheredem esse iubeo* angeordnet sein. Söhne *(filiifamilias)* mußten nach klassischem Recht *nominatim,* d. h. unter individueller Bezeichnung (z. B. *Titius filius meus* oder: mein zweitgeborener Sohn usw.) exherediert sein; während zur Exheredation der übrigen *sui* (der Töchter, der *uxor in manu,* der Enkel usw.) die *exheredatio inter ceteros,* d. h. die allgemeine Exheredationsklausel: *ceteri exheredes sunto,* genügte. War diese Klausel ins Testament aufgenommen, so war mit Ausnahme des *filiusfamilias* jeder *suus,* der nicht zum Erben eingesetzt war, rechtsgiltig enterbt. Justinian hat dieser Unterschied zwischen den *sui heredes* beseitigt und für alle *sui* die *exheredatio nominatim facta* vorgeschrieben, ohne auf den Gebrauch bestimmter Worte weiterhin Gewicht zu legen.

B. Ist ein *suus* im Testament seines Gewalthabers in der geschilderten Weise weder instituiert, noch exherediert, so ist er präteriert (also z. B. auch dann, wenn ihm ein Vermächtnis, sei das noch so groß, hinterlassen ist). Die Wirkung der Präterition war nach klassischem Recht verschieden, je nachdem ein *filiusfamilias* oder ein anderer *suus* präteriert war.

1. War ein *filiusfamilias* präteriert, so war nach der Lehre der Prokulianer die Giltigkeit des Testaments zunächst in der Schwebe *(in pendenti).* Die Entscheidung dieses Schwebezustandes hing davon ab, ob der präterierte Sohn zur Zeit des Todes des Testators noch lebte oder nicht. Im ersten Falle war das Testament ungiltig, im zweiten giltig. Einfacher und strenger ist die Sabinianische später allgemein angenommene Lehre, der zufolge das Testament wegen Präterition eines *filiusfamilias* stets sofort *(ab initio)* ungiltig ist und auch ungiltig bleibt, wenn dieser Sohn auch noch bei Lebzeiten des Testators versterben sollte.

2. Waren dagegen andere *sui*, z. B. die Tochter oder ein Enkel präteriert (also nicht einmal *inter ceteros* exheredіert), so war das Testament trotzdem giltig, allein die präterierten *sui scriptis heredibus in partem accrescunt*, d. h. sie kamen neben den Testamentserben zur Erbfolge, und zwar nahmen sie (es mochten einer oder mehrere solche *sui* präteriert sein) den eingesetzten *sui* eine *pars virilis*, den eingesetzten *extranei* dagegen die Hälfte.

War der *suus* zwar beim ersten Grade der Erbeseinsetzungen instituiert oder exherediert, bei den folgenden Graden (Substitutionen) dagegen präteriert, so waren wegen Präterition des *filius* nur diese ungiltig, während im Falle

der Präterition anderer *sui* die vorerwähnte Akkreszenz nur den Substituten gegenüber, falls diese zur Sukzession kamen, platzgriff.

Justinian hat auch bezüglich der Wirkungen der Präterition die strengere Lehre der Sabinianer und klassischen Juristen rezipiert, außerdem aber noch bestimmt, daß die Präterition jedes *suus*, er mag *filiusfamilias* sein oder nicht, stets die Ungiltigkeit zur Folge haben sollte.

C. Hat der Testator alle die Personen, welche zur Zeit der Testamentserrichtung seine *sui heredes* sind, gehörig instituiert oder exherediert, so hat er der Formvorschrift genügt, das Testament ist, wenn es nicht einen anderen Mangel hat, giltig. Es bleibt aber nur dann giltig, wenn nicht später eine Änderung im Stande der *sui* in der Richtung eintritt, daß Personen nachträglich *sui* des Testators werden, die es zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht gewesen sind. Geschieht das, wird also z. B. später ein *postumus* geboren, oder wird nach der Testamentserrichtung einer der Enkel durch den Tod seines Vaters jetzt *suus heres* des Testators, oder adoptiert dieser später Jemanden als Sohn, oder schließt er später eine Manusehe, so wird in allen diesen Fällen durch solche *agnatio* eines *postumus* oder *quasipostumus* das Testament sofort nachträglich ungiltig (*rumpitur testamentum agnatione postumi; testamentum ruptum;* § 132), weil jetzt ein *suus* vorhanden ist, der als solcher im Testament weder instituiert, noch exherediert ist. Der weitere Gang der Entwicklung hat auch in dieser Richtung, behufs möglichster Sicherstellung der Testamentsfreiheit, schrittweise Abhilfe geschaffen und es ermöglicht, daß auch solche bloß eventuelle *sui* gleich in vorhinein für den Fall ihres späteren Agnaszierens beziehungsweise Nachrückens mit voller Wirkung für das Noterbrecht im Testament eingesetzt oder enterbt werden konnten. War das dann geschehen, also z. B. der Enkel nach dem *in patria potestate* stehenden Sohne für den Fall seines Nachrückens enterbt, so wurde, falls letzteres mit dem Tode seines Vaters (des Sohnes des Testators) eintrat, das Testament nicht mehr ungiltig. Insbesondere auch durch nachträgliche Adoption wurde schließlich die Ruption des Testaments wenigstens dann nicht mehr herbeigeführt, wenn sich die Adoption auf einen im Testament bereits eingesetzten *extraneus* bezog. Obwohl nicht als *suus heres* eingesetzt, war es später für ausreichend befunden, daß er sich in dem Moment, in welchem er durch die Adoption *suus* wurde, doch schon im Testament als *extraneus* eingesetzt vorfand. Enterbung eines solchen wäre sinnlos gewesen und vermochte daher die Ruption des Testaments durch Adoption nicht auszuschließen.

II. Durch das prätorische Edikt wurde die Notwendigkeit formeller Institution oder Exheredation auf alle *liberi* (*sui* und fingierte *sui*, § 135) des Testators ausgedehnt. Insbesondere auch die *emancipati* hatten daher nach der Vorschrift des Prätors Anspruch auf Erbeseinsetzung oder Enterbung.

A. Die Enterbung mußte nach dem Edikt betreffs aller *liberi* männlichen Geschlechts *(masculi)* stets *nominatim* geschehen, während betreffs der *liberi* weiblichen Geschlechts die *exheredatio inter ceteros* genügte.

B. War eine zu den *liberi* gehörige Person weder instituiert noch gehörig exherediert, war sie also präteriert, so war das Testament nach prätorischem Recht deswegen nicht ungiltig (ob es deshalb *iure civili* ungiltig war, hing davon ab, ob der Präterierte *suus heres* des Testators war oder nicht, §§ 125, 134), allein der Prätor gewährte gegen dasselbe die *bonorum possessio contra tabulas.*

1. Zur Agnition dieser *bonorum possessio* war der Präterierte berechtigt; außerdem aber *commisso per alium (i. e. praeteritum) edicto* auch jeder andere zu den *liberi* Gehörige, der als Erbe eingesetzt war. Ausgeschlossen war der *exheredatus.*

2. Die zur *bonorum possessio contra tabulas* Berechtigten, welche dieselbe wirklich agnoszierten, teilten daraufhin die Erbschaft nach den für ihre Intestatsukzession geltenden Grundsätzen (§ 135). Bei der Ermittlung ihrer Quote wurde jedoch auf den *exheredatus* keine Rücksicht genommen. Dieser zählte bei der *bonorum possessio contra tabulas* nicht mit (auch nicht behufs Berechnung der Erbportion der Übrigen), während er, falls Intestaterbfolge einträte, natürlich in der Klasse *unde liberi* miterben würde. Er ist eben durch das prätorisch giltige Testament ausgeschlossen. Darin liegt einer der Hauptunterschiede der *bonorum possessio contra tabulas* von der *bonorum possessio intestati.* Denn jene ist eine Erbfolge gegen das prätorisch giltige Testament, diese eine solche ohne Testament. Durch die *bonorum possessio contra tabulas* werden die im Testament als Erben eingesetzten *extranei* verdrängt, selbst dann, wenn ihre Erbeseinsetzung *iure civili* giltig ist. Diesen gegenüber ist die *bonorum possessio contra tabulas cum re,* daher eine *bonorum possessio iuris civilis corrigendi causa.* Desgleichen verlieren durch Agnition der *bonorum possessio contra tabulas* auch die testamentarischen Freilassungen und Vermächtnisse ihre Wirkung. Nur gewisse testamentarische Verfügungen, namentlich die zugunsten der *coniunctae personae,* d. i. zugunsten der Eltern und Kinder des Testators (ohne Unterschied, ob sie Agnaten oder Kognaten desselben, die nächsten dem Grade nach sind oder nicht) getroffenen bleiben zufolge des *edictum de legatis praestandis* aufrecht, jedoch mit der Beschränkung, daß diese Personen zusammen nicht mehr erhalten dürfen als eine von den *liberi,* welche die *bonorum possessio contra tabulas* agnosziert haben. Beispielsweise: der Testator hat von seinen *liberi* den *A* und den *B* instituiert, den *C* exherediert, den *D* präteriert. Außerdem hat er zu Erben eingesetzt die *extranei E* und *F.* Vermächtnisse hat er angeordnet zugunsten seiner mütterlichen Aszendenten *G* und *H* endlich zugunsten der *non coniunctae I, K, L.* Die *bonorum possessio contra tabulas* agnoszieren *A, B* und *D.* Folgeweise würde jeder von diesen ein Drittel des Nachlasses erhalten; doch

haben sie die den *G* und *H* hinterlassenen Vermächtnisse höchstens bis zu einem solchem Gesamtbetrag zu zahlen, der ein Viertel der ganzen Erbschaft nicht übersteigt, so daß also dem *A, B* und *D* auch je ein Viertel verbleiben muß. Der *exheredatus C*, die *extranei E* und *F*, endlich die Vermächtnisnehmer *I, K, L* erhalten nichts. Die Pupillarsubstitution und die dem Pupillarsubstituten auferlegten Vermächtnisse bleiben aufrecht; ebenso die Tutorsernennung.

Agnosziert keiner von den zur *bonorum possessio contra tabulas* Berechtigten dieselbe innerhalb der zuständigen Frist (§ 127), so kommt es zur *bonorum possessio secundum tabulas*. Dieser zufolge würden in vorstehendem Beispiele Erben werden *A, B, E, F*, welche die Vermächtnisnehmer zu befriedigen hätten: *C* und *D* erhielten nichts.

Würde endlich auch die *bonorum possessio secundum tabulas* erfolglos bleiben, so träte *bonorum possessio intestati* (§ 135) ein, zu welcher alle *liberi* des Erblassers, also außer *A* und *B* auch *C* und *D* berufen wären. Alles Übrige entfiele. Daraus ist der Unterschied der *bonorum possessio contra tabulas* gegenüber der *bonorum possessio secundum tabulas* und *intestati* ersichtlich.

§ 139

Das materielle Noterbrecht oder das Pflichtteilsrecht.

Paul. *sent.* IV, 5; J. *de inoff. test.* II, 18.

Hat der *paterfamilias* den Vorschriften des formellen Noterbrechts genügt, so ist das Testament giltig, obwohl er seine *sui heredes* oder *liberi* z. B. enterbt hat, ohne ihnen das Geringste durch Vermächtnis zugewendet zu haben. Auf andere Angehörige als *sui* und *liberi* bezieht sich das formelle Noterbrecht überhaupt nicht, so daß z. B. eine Frauensperson (da eine solche weder *sui*, noch *liberi* hat) durch Testament ihr ganzes Vermögen Fremden zuwenden konnte, ohne ihre Kinder darin auch nur erwähnen zu müssen. Trotz ihrer Giltigkeit hat man aber solche Testamente, durch welche den nächsten Angehörigen nichts oder wenigstens nichts Entsprechendes zugewendet wurde, wohl von jeher wegen der durch sie verübten schweren Verletzung des schuldigen *officium pietatis* gegen die nächsten Angehörigen, als pflichtwidrige, mit a. W. als *testamenta inofficiosa*, angesehen. Rechtliche Wirkung hatte diese Mißbilligung freilich vorerst nicht, eine solche erlangte sie erst in der Kaiserzeit unter den Nachfolgern des Augustus*) als das Zentumviralgericht solche Testamente über Beschwerde des Gekränkten als von einem Verrückten errichtet behandelte und demgemäß für ungiltig erklärte. Hiebei folgte es dem Vorbild des attischen Rechtes, welches den Verwandten das Recht gab, dem Testator in einem solchen Falle der *μανία* zu beschuldigen und daraufhin

*) Bekker, Aktionen, I. Band, S. 278 fg.

Beseitigung des Testaments zu erwirken.*) Da der Testator aber in Wirklichkeit nicht verrückt war, so handelte es sich nach attischem und römischem Recht in Wahrheit nicht um Deklarierung bereits vorhandener Ungiltigkeit (wegen Mangel der Testierfähigkeit, § 129 *C*), sondern vielmehr um gerichtliche Aufhebung, Umstoßung oder Kassation eines giltigen Testaments aus dem Titel seiner Inoffiziosität. Daß diese Aufhebung gerade in der Form einer Ungiltigkeitserklärung wegen Verrücktheit *(color insaniae)* erfolgte, hatte offenbar nur den Grund, daß dadurch einmal der gerichtlichen Mißbilligung des pflichtwidrigen Benehmens des Testators drastischer Ausdruck gegeben, dann aber auch dem Verletzten Sühne und Genugtuung dem Testator gegenüber verschafft werden sollte, welche darin lag, daß auf seine *querela inofficiosi testamenti* hin das Testament wie das eines Verrückten beiseite geschoben wurde. Seit der Rezeption dieser Querel durch das römische Recht tritt innerhalb desselben neben das formelle noch das materielle Noterbrecht. Von nun an ist es nicht genug, daß der Testator seine *sui* oder *liberi* enterbt; will er sein Testament gegen Umstoßung sichern, so muß er darin auch sein *officium pietatis* gegen seine nächsten Angehörigen dadurch betätigen, daß er ihnen von Todes wegen materiell einen angemessenen Teil seines Vermögens zuwendet. Das, was er ihnen so zuwenden muß, um der Inoffiziosität des Testaments und ihren Folgen vorzubeugen, ist der Pflichtteil *(portio debita)*, deshalb heißt das materielle Noterbrecht auch Pflichtteilsrecht.

A. Anspruch auf Zuwendung des Pflichtteils haben nur die Deszendenten, Aszendenten und die Geschwister des Erblassers, welche wenigstens den Vater mit ihm gemeinsam haben (also nicht die *uterini*), die Geschwister aber nur dann, wenn ihnen der Testator eine *persona turpis* vorgezogen hat. Alle diese Verwandtengruppen sind kognatisch zu verstehen. Pflichtteilsberechtigte Deszendenten sind daher nicht bloß die *sui* und *liberi*, sondern auch alle übrigen Deszendenten des Erblassers, insbesondere daher auch die (ehelichen und unehelichen) Kinder der Mutter und ihren mütterlichen Großeltern gegenüber. *Sui* und *liberi* haben somit doppeltes Noterbrecht, formelles und materielles, die übrigen Deszendenten dagegen nur materielles, d. i. Pflichtteilsrecht. Insbesondere auch die Adoption begründet ein Pflichtteilsrecht, nach Justinianischem Recht aber nur mit Ausschluß der *adoptio minus plena*. Diese gibt dem Kinde gegen den Vater (nicht auch umgekehrt) zwar ein Intestaterbrecht, dagegen kein Pflichtteilsrecht.

B. Nicht alle an sich Pflichtteilsberechtigten müssen aber auch im einzelnen Falle wirklich den Pflichtteil zugewendet erhalten, sondern nur diejenigen von ihnen, welche in diesem Falle die nächsten Intestaterben des Testators sein würden (falls nämlich das Testament nicht vorläge),

*) Schulin, Das griechische Testament verglichen mit dem römischen 1882, S. 16

also z. B. wenn Deszendenten vorhanden sind, nicht die Aszendenten usw Jedes Pflichtteilsrecht setzt daher ein Intestaterbrecht voraus, ist mit a. W. nur eine Steigerung des gesetzlichen Erbrechtes. Der Zusammenhang zwischen beiden tritt auch darin hervor, daß sich die Größe des Pflichtteils nach der Größe der Intestatportion bestimmt. Ursprünglich hatte die Jurisprudenz den Pflichtteil im Anschluß an die später (§ 152) zu erwähnende *lex Falcidia* (daher *legitima pars*) auf ein Viertel dessen festgesetzt, was der Betreffende als Intestaterbteil erhalten würde. Justinian hat den Pflichtteil erhöht, indem er bestimmte, daß der Pflichtteil die Hälfte oder ein Drittel der Intestatportion ausmache; und zwar die Hälfte dann, wenn die Intestatportion weniger als ein Viertel der ganzen Erbschaft beträgt; sonst ein Drittel. Die Zuwendung des Pflichtteiles kann nicht bloß durch Erbeseinsetzung, sondern auch durch andere letztwillige Zuwendung z. B. Vermächtnis erfolgen. Auch manche Zuwendungen *inter vivos* (z. B. Bestellung der *dos* für die Tochter, *donatio propter nuptias* für den Sohn) werden in den Pflichtteil eingerechnet. Beschränkungen des Pflichtteils sind unzulässig und werden nach Justinianischem Recht gestrichen.

C. Hat der Pflichtteilsberechtigte nicht so viel zugewendet erhalten, als sein Pflichtteil — nach dem Stand des Vermögens des Testators zur Zeit seines Todes berechnet — beträgt, so liegt Inoffiziosität des Testaments vor, derentwegen der Verletzte nach klassischem Recht gegen dasselbe immer mit der *querela inofficiosi testamenti* auftreten konnte. Diese Klage war eine *actio vindictam spirans* (§ 93); sie sollte den Querelanten Sühne und Genugtuung für die Unbill und Kränkung verschaffen, die ihm der Testator zugefügt hat. Gewährt wird ihm selbe dadurch, daß das inoffiziose Testament als das eines Verrückten behandelt, deshalb durch richterliches Urteil für ungiltig erklärt, beziehungsweise umgestoßen wird. Folgeweise ist der Querelant jetzt Intestaterbe des pflichtvergessenen Erblassers und erhält daher nicht bloß den Pflichtteil (durch den er hätte seinerzeit abgefunden werden können), sondern vielmehr seinen vollen Intestaterbteil. Gerichtet ist die Klage gegen die testamentarischen Erben, sie erlischt durch Ablauf eines *quinquennium* und durch jede ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Testaments seitens des Pflichtteilsberechtigten. Justinian hat die Zulässigkeit der Querel auf den Fall eingeschränkt, daß dem Pflichtteilsberechtigten gar nichts zugewendet worden ist. Hat er zwar nicht den vollen Pflichtteil, aber doch etwas erhalten, so soll er jetzt nicht mehr die Querel anstellen, sondern nur die Ergänzung des Pflichtteiles von den testamentarischen Erben mittelst der sog. *actio suppletoria* oder *ad supplendam legitimam* begehren können. Diese ist keine *actio vindictam spirans,* sondern eine gewöhnliche vermögensrechtliche Forderungsklage, als solche aktiv und passiv vererblich und unterliegt der gemeinen Verjährung.*)

*) Die *querela inofficiosi testamenti* und die *actio ad supplendam legitimam* setzen

D. Jeder Pflichtteilsanspruch fällt weg, wenn der an sich Pflichtteilsberechtigte seinerseits das *officium pietatis* gegen den Testator in gröblicher Weise verletzt hat.

§ 140.

Das Noterbrecht nach der Nov. 115.

Nov. 115, c. 3, 4, 5 pr.

In der Kompilation hielt Justinian die herkömmliche Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Noterbrecht aufrecht und hat, wie gezeigt, nur in einzelnen Punkten Änderungen des überkommenen Rechtes vorgenommen. Dabei ließ er es jedoch auf die Dauer nicht bewenden, sondern hat durch die Nov. 115 eine durchgreifende Reform des Noterbrechtes der Deszendenten und Aszendenten ins Werk gesetzt, die im Wesen auf eine Verschmelzung des formellen und materiellen Noterbrechtes hinausläuft.

A. Deszendenten und Aszendenten des Erblassers haben nach der Nov. 115 nicht nur Anspruch auf den Pflichtteil, sondern auch auf Erbeseinsetzung. Sie dürfen fortan nicht mehr wie bisher beliebig enterbt, beziehungsweise präteriert werden. Enterbung und Präterition stehen sich jetzt gleich und sind nur aus bestimmten, in der Nov. 115 taxativ aufgezählten Enterbungsgründen zulässig. Ein solcher Enterbungsgrund muß im Testament angeführt sein und dann seinerzeit vom testamentarischen Erben bewiesen werden. Demzufolge hat die Enterbung ihren rechtlichen Charakter geändert, sie ist fortan nicht mehr Übung eines freien Rechtes des Testators, sondern Verhängung einer Strafe, die das Vorhandensein eines gesetzlichen Grundes voraussetzt. Solcher gesetzlicher Enterbungsgründe, welche auf besonders gröblicher Pflichtwidrigkeit gegen den Testator beruhen, stellt die Nov. 115 für Deszendenten vierzehn, für Aszendenten acht auf.

B. Ist einer der pflichtteilsberechtigten Deszendenten oder Aszendenten, welcher im vorliegenden Falle der nächste Intestaterbe wäre, ohne solchen gesetzlichen Grund präteriert oder enterbt (sollte ihm auch sonst der Pflicht-

---

Pflichtteilsverletzung durch Verfügungen *mortis causa* voraus. Gegen Pflichtteilsverletzungen durch Verfügungen *inter vivos* gibt es eine Rechtshilfe nur dann, wenn sie durch Schenkungen oder durch Dosbestellung herbeigeführt sind. Gegen sie richtet sich die *querela inofficiosae donationis vel dotis*, welche durch kaiserliche Konstitutionen eingeführt worden ist. Sie setzt voraus, daß durch Schenkung oder Dosbestellung, der Pflichtteil, wie er sich zur Zeit der Schenkung usw. gestalten würde, geschmälert wird und verlangt weiter, daß diese Schmälerung bis zum Tode des Erblassers durch späteren Erwerb nicht ausgeglichen worden ist. Nach dem Tode des Erblassers verlangt dann der Pflichtteilsberechtigte mittels dieser (gegen den Beschenkten, bezw. den Ehemann und die dotierte Frau gerichteten) Klage Reszission der Schenkung oder Dos soweit diese den Pflichtteil verletzt. Auch diese Querel kann nur binnen 5 Jahren angestellt werden.

teil oder noch mehr hinterlassen sein), so sind alle im Testament enthaltenen Erbeseinsetzungen ungiltig; der sonstige Inhalt des Testaments, wie die Vermächtnisse, Vormundsernennung usw., bleibt giltig. Deszendenten oder Aszendenten treten *tamquam ab intestato* ein und haben als Intestaterben die sonstigen Verfügungen des Testators zu erfüllen. Doch ist der Charakter dieser Ungiltigkeit (ob Inoffiziosität, also bloße Anfechtbarkeit mittelst modifizierter *querela inofficiosi testamenti* oder Nichtigkeit und folgeweise Zulässigkeit der *hereditatis petitio intestati*) sehr bestritten.

C. Sind die im konkreten Falle pflichtteilsberechtigten Deszendenten oder Aszendenten zwar als Erben eingesetzt, ohne jedoch durch die ihnen zukommende Erbquote und andere Zuwendung den vollen Pflichtteil zu erhalten, so können sie nur die Ergänzung des Pflichtteils von den übrigen testamentarischen Erben nach den Grundsätzen der *actio suppletoria* verlangen.

Bezüglich der Geschwister, auf welche sich die Nov. 115 nicht bezieht, bleibt es bei dem bisherigen Recht; diese haben auch jetzt keinen Anspruch auf Erbeseinsetzung, sondern nur auf den Pflichtteil und zwar auch jetzt bloß dann, wenn eine *persona turpis (persona infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspersa)* als Erbe eingesetzt ist. Ist ihnen unter dieser Voraussetzung nichts zugewendet, so klagen sie gegen diesen Erben mit der *querela inofficiosi testamenti;* haben sie zwar etwas, aber nicht den ganzen Pflichtteil erhalten, so haben sie die *actio ad supplendam legitimam.**)

§ 141.

Noterbrecht des Patrons.

Gai. III, 40 fg.

I. Das alte *ius civile* kennt ein Noterbrecht des Patrons gegen seinen *libertus* nicht. Hatte dieser ein Testament gemacht und darin den Patron präteriert, so war derselbe ausgeschlossen. Er hatte weder einen Anspruch auf formelle Einsetzung oder Enterbung, noch auf eine materielle Zuwendung. Er hatte lediglich ein Intestaterbrecht, das durch jeden *suus heres*, insbesondere auch durch einen bloßen *filius adoptivus* ausgeschlossen wurde (§ 137).

Durch das prätorische Edikt wurde die erbrechtliche Stellung des Patrons dahin verbessert, daß er jetzt nur durch solche *sui* und *liberi* des Erblassers ausgeschlossen wurde, welche leibliche Kinder des Erblassers waren. Des Näheren galt folgendes:

A. Hat der *libertus* ein Testament gemacht, ohne in demselben leibliche Kinder einzusetzen, so erhält der Patron dagegen eine *bonorum*

*) Pflichtteilsverletzungen *inter vivos* werden durch die Nov. 115 nicht berührt, für sie gilt das im § 140 *C* Gesagte.

possessio contra tabulas auf die Hälfte des Nachlasses. Diese ist in solchem Falle seine *portio debita*. Ausgeschlossen ist diese *bonorum possessio* des Patrons, wenn auch nur einer der leiblichen *sui* oder *liberi* des Testators instituiert oder präteriert ist und dieser in letzterem Falle die *bonorum possessio contra tabulas* (§ 138) agnosziert hat. *Exheredati sui* oder *liberi* schließen den Patron nicht aus.

B. Hat der *libertus* kein Testament gemacht, beziehungsweise tritt Intestaterbfolge ein, so erhält der Patron ebenfalls die *bonorum possessio (intestati)* zur Hälfte, aber auch nur dann, wenn nicht leibliche *sui* oder *liberi* des Erblassers zur Sukzession kommen, sonst ist er auch hier ausgeschlossen.

Dem Patron steht gleich seine agnatische Deszendenz, mit Ausschluß der von ihm exheredierten.

Zum Schutze dieses Noterbrechtes des Patrons (und seiner agnatischen Deszendenz) sind dem *libertus* Vermögensminderungen *in fraudem patroni* untersagt, und zwar sind solche Manumissionen nach der *lex Aelia Sentia* (§ 28) nichtig, während andere dolose Veräußerungen *(alienationes)*, die in der bösen Absicht unternommen sind: *quo minus quam pars debita bonorum liberti ad patronum liberosve eius perveniret* nach dem Edikt einer Anfechtung unterliegen, welche, wenn der Freigelassene ein Testament hinterlassen hat, mit der *actio Fabiana*, wenn er dagegen *intestatus* verstorben ist, mit der *actio Calvisiana* geltend gemacht wird.

Über die Erweiterungen, welche das patronatische Noterbrecht durch die *lex Papia* erfahren hat, siehe Gai. III, 40, 41, 44. Nach Justinianischem Recht hat der Patron und dessen Deszendenz bis zum fünften Grad nur mehr Anspruch auf ein Drittel des Nachlasses, aber auch nur dann, wenn der *libertus* keine leiblichen Deszendenten hat und der Wert des Nachlasses mindestens hundert Pfund Gold beträgt.

II. Ein ähnliches Recht wie der Patron hatte im Falle der *manumissio ex causa mancipii* nach dem Edikt der *parens manumissor* (nicht aber auch die Kinder desselben). Auch ihm gebührte, falls keine leiblichen Kinder des Emanzipatus erbten, die Hälfte des Nachlasses *(bonorum possessio contra tabulas)*. Justinian hat diese *portio debita* ebenfalls auf ein Drittel herabgesetzt. Ist jedoch eine *persona turpis* eingesetzt, so kann der *parens manumissor* die ganze Erbschaft beanspruchen. Die *actio Fabiana* und *Calvisiana* finden auf diesen Fall keine Anwendung. Im neuesten Justinianischen Recht ist dieses Pflichtteilsrecht des *parens manumissor* ganz beseitigt (§ 137).

V. Erwerb der Erbschaft.

§ 142.

Erbfähigkeit und *capacitas.*

Ulp. XIII—XXIII; XVIII, 3; Gai. II, 286.

I. Nur der kann Erbe werden, der erbfähig ist. Die Erbfähigkeit ist im römischen *commercium* enthalten; in bezug auf die testamentarische Erbfolge heißt sie *testamentifactio* (§ 129). Diese Erbfähigkeit muß vorhanden sein:

1. Bei der testamentarischen Erbfolge im Momente der Erbeseinsetzung; die Einsetzung eines Erbunfähigen, wie z. B. eines *peregrinus,* ist nichtig.

2. Bei der testamentarischen und gesetzlichen Erbfolge in dem Augenblicke, in welchem die Berufung in Kraft tritt, somit beim *extraneus heres* im Moment der Delation (§ 124, IV, V); von da an muß sie ununterbrochen fortdauern bis zum wirklichen Erwerb. Erbunfähigkeit im Momente der Berufung, beziehungsweise Delation (§ 124, IV, V), schließt die Berufung aus, „es ist für die Beerbung ebenso, als wenn der Erbunfähige überall nicht existierte". Verlust der Erbfähigkeit nach der Berufung, jedoch vor dem Erwerb, macht die Berufung betreffs der erbunfähig Gewordenen hinfällig, spätere Wiedererlangung nützt nichts. Dagegen schadet der Verlust der Erbfähigkeit *(testamentifactio)* in der Zeit zwischen Testamentserrichtung und Berufung nichts *(media tempora non nocent);* erlangt der Eingesetzte die Erbfähigkeit bis zum Eintritt der Berufung wieder, so kann er daraufhin die *bonorum possessio secundum tabulas* erwerben (§ 127).

II. Nach der Gesetzgebung der ersten Kaiserzeit reicht aber die Erbfähigkeit allein zum Erwerb der Erbschaft seitens des Testamentserben nicht mehr aus, indem jetzt gewisse Personen ungeachtet ihrer Erbfähigkeit doch vom Erwerb *(capere)* der Testamentserbfolge ausgeschlossen sind. Diese zwar Erbfähigen aber doch Erwerbsunfähigen heißen *incapaces.* Seitdem ist daher für den Erwerb der Testamentserbfolge auf Seite des Eingesetzten außer der Erbfähigkeit *(testamentifactio)* noch das Abhandensein der *incapacitas,* oder positiv ausgedrückt, das Vorhandensein der besonderen *capacitas,* notwendig. Diese ist aber nur ein Erfordernis des Erwerbes, nicht auch schon der Einsetzung und Berufung, folgeweise braucht die *capacitas* nur im Momente des Erwerbes, und nicht auch schon zur Zeit der Testamentserrichtung und Berufung vorhanden zu sein. Auch die Erbeseinsetzung eines *incapax,* sofern er nur die Erbfähigkeit *(testamentifactio)* hat, ist giltig und führt zur Berufung. Die Frage nach der *capacitas* des giltig Berufenen entsteht erst in dem Momente, in welchem dieser auf die Berufung hin den Erwerb machen soll. Ist er in diesem Momente nicht

mehr *incapax,* so kann er als giltig Berufener die Erbschaft erwerben, während er dann, wenn er zu dieser Zeit noch *incapax* ist, vom Erwerb des ihm giltig Zugedachten ganz oder teilweise ausgeschlossen ist. Das, was er wegen *incapacitas* nicht erwerben kann, wird, sofern er als *heres ex parte* neben anderen eingesetzt ist,*) *caducum* und wird an seiner Statt von den Personen erworben, die zur *caducorum vindicatio* berechtigt sind. Verschieden vom *caducum* ist das *quod pro non scripto habetur,* wozu die Einsetzung eines Erbunfähigen gehört. Dieses ist ungiltig und führt nicht zur Kaduzität, sondern hat die Folgen, welche überhaupt Ungiltigkeit nach sich zieht. Das *quod pro non scripto habetur* kann von dem Eingesetzten auch dann nicht erworben werden, wenn er später erbfähig und *capax* wird, da die Einsetzung von Anfang an nichtig ist und daher zu keiner Berufung führt.

Incapaces sind folgende Personen:

A. Nach der *lex Iulia* und *Papia Poppaea* Ehe- und Kinderlose (§ 112), und zwar:

1. Der *coelebs,* Mann oder Weib, sofern er nicht binnen hundert Tagen von der Kenntnis der Berufung noch eine der *lex Iulia (de maritandis ordinibus)* entsprechende Ehe (§ 106, Nr. 3) schließt. Der *coelebs* ist *in solidum incapax,* d. h. er kann von dem ihm testamentarisch Zugedachten gar nichts erwerben.

2. Der *orbus,* d. i. der Verheiratete, aber Kinderlose. Dieser ist nur *pro parte dimidia incapax,* kann daher nur die Hälfte des ihm testamentarisch Zugewendeten erwerben.

3. Kinderlose Ehegatten gegeneinander. Diese können *matrimonii nomine* auf Grund testamentarischer Zuwendung von einander nur ein Zehntel der Erbschaft und den Ususfruktus eines Drittels derselben erwerben. Hat der von seinem Ehegatten Eingesetzte Kinder aus einer früheren Ehe, so kann er überdies wegen jedes Kindes ein weiteres Zehntel der Erbschaft erwerben. *Solidi capacitas inter virum et uxorem* tritt ein, wenn sie gemeinsame lebende Kinder haben, oder ein mündiges Kind verloren haben usw.

Keine Anwendung finden diese Beschränkungen der Erwerbsfähigkeit auf die nächsten Kognaten und Affinen des Testators *(personae exceptae),* ferner auf solche Personen, für welche die Verpflichtung zur Ehe nach den *leges Iulia et Papia Poppaea* überhaupt noch nicht oder nicht mehr bestand, als da sind einerseits Mannspersonen unter 25, Frauenspersonen unter 20 Jahren, anderseits Männer, die bereits das 60. und Frauen, die das 50. Lebensjahr überschritten haben.

---

*) Ist nur ein Erbe eingesetzt *(heres ex asse)* und kann dieser die Erbschaft wegen *incapacitas* nicht erwerben, so tritt Destituierung des Testaments und folgeweise Intestaterbfolge ein.

B. Nach der *lex Iunia (Norbana)* sind *incapaces* die *Latini Iuniani*, sofern sie nicht binnen hundert Tagen *a tempore scientiae delationis* die Zivität erwerben (§ 129).

Diese auf den vorerwähnten Gesetzen beruhende *incapacitas* ist durch Konstantin wieder beseitigt worden. Im Justinianischen Recht gibt es nur mehr vereinzelte, auf anderen Gesetzen beruhende Inkapazitätsfälle, wie z. B. eine *incapacitas* der *mulieres probrosae* auf Grund einer Verordnung Domitians, u. a. Abgesehen von diesen wenigen Ausnahmefällen ist jetzt wieder der dem älteren Recht entsprechende einfache Zustand hergestellt, demzufolge die *testamentifactio* allein auch zum Erwerb der Erbschaft befähigt. Die künstliche Unterscheidung zwischen Erbfähigkeit und besonderer Erwerbsfähigkeit ist jetzt bis auf die angedeuteten Ausnahmefälle bedeutungslos geworden.

§ 143.

Der Erwerb der Erbschaft und seine Wirkung.

l. 59. D. *de R. I.* L, 17; l. 1, § 1, D. *de separat.* XLII, 6; l. 1. § 18. D. *eod.*; l. 22, § 4. C. *de iure delib.* VI, 30.

I. Der Erbfähige, welcher durch Testament oder Rechtssatz zur Erbfolge berufen ist, wird, sofern es sich um die zivile *hereditas* handelt, entweder sofort mit der Berufung *ipso iure* oder auf Grund der Berufung durch besonderen Erwerbsakt *(cretio, gestio pro herede, aditio) heres* (§ 125), während der Erwerb der *bonorum possessio* stets durch die magistratische *datio bonorum possessionis* auf Grund einer vom Berufenen ausgehenden *petitio* erfolgt (§ 127). Insoweit als dem Berufenen *incapacitas* entgegenstand, war er vom Erwerb ausgeschlossen und trat Kaduzität des durch ihn nicht Erwerbbaren ein.

1. Wo zum Erwerb ein besonderer Erwerbsakt gefordert wird *(cernere, gerere pro herede, adire — petere bonorum possessionem)*, setzt dieser grundsätzlich den eigenen auf Erbschaftserwerb gerichteten Willen des Delaten voraus. Darin gibt es, soferne der Delat überhaupt willensfähig ist, keine Stellvertretung, wenn sich auch der Delat bei der Erklärung und Übermittlung dieses seines Willens der Dienste eines anderen bedienen kann. Der Grundsatz, daß der Delat selbst den Erwerbswillen haben muß, gilt auch bei Sklaven und Hauskindern, die im Testament eines Dritten zu Erben eingesetzt sind, auch diese nehmen zwar *iussu domini*, aber doch selbst — nicht der Gewalthaber an ihrer Statt — die Erbschaft an. Die Wirkung ihres Erwerbsaktes tritt nach älterem Recht natürlich nur in der Person des Gewalthabers ein, dieser wird dadurch unmittelbar Erbe, während nach späterem Rechte auch hier die im § 114 dargestellten Änderungen in der vermögensrechtlichen Stellung der Hauskinder ihren Einfluß äußern. Zu bemerken ist noch, daß der Pupill den Erbschaftsantritt wegen der daraus

resultierenden Schuldenhaftung nur *auctoritate tutoris* vornehmen kann (§ 35); für den *infans* tritt der Vater, bezw. *tutor* die Erbschaft an, während für den *furiosus* dessen Kurator eine bloß provisorische *bonorum possessio (furiosi nomine)* erwirbt. Der *prodigus* endlich nimmt die ihm deferierte Erbschaft selbst an, wird aber dadurch nur dann Erbe, wenn ihm der Erwerb vorteilhaft, die Erbschaft daher nicht überschuldet ist (§ 36). Sind diese Personen *necessarii heredes* des Erblassers, so erwerben auch sie die Erbschaft stets *ipso iure*. Juristische Personen endlich können die Erbschaft nur durch ihre Organe erwerben.

2. Der Erwerb der *bonorum possessio* ist bekanntlich an feste Fristen geknüpft (§ 127), während für den Erwerb der *hereditas*, abgesehen von der Einsetzung *cum cretione* (§ 125), solche nicht bestehen. Wird jedoch der zur *hereditas* Berufene von den Erbschaftsgläubigern durch *interrogatio in iure* gedrängt, sich zu erklären, ob er *heres* sei oder nicht, so kann er sich nach Zulaß des Edikts vom Prätor eine Überlegungsfrist *(tempus deliberandi)* erbitten, welche gewöhnlich im Ausmaß von hundert Tagen erteilt wird. Läßt er diese Frist verstreichen, ohne sich über Annahme oder Ablehnung der Erbschaft zu erklären, so gilt er nach dem Edikt als ablehnend und ist folgeweise von der Erbschaft ausgeschlossen. Daraufhin erfolgt *interrogatio in iure* des an zweiter, dritter Stelle Berufenen usw., endlich wenn auch diese resultatlos bleibt, über Verlangen der Gläubiger die *venditio bonorum defuncti*. Nach Vorschrift Justinians soll das vom Richter gewährte *tempus deliberandi* nicht über neun Monate betragen, nur der Kaiser kann ein Jahr als Deliberationsfrist bewilligen. Unterlassung der Erklärung während der Deliberationsfrist gilt jetzt zufolge Bestimmung Justinians im Interesse der Gläubiger und Vermächtnisnehmer nicht mehr als Ablehnung, sondern als Antritt der Erbschaft, so daß daraufhin von obiger *venditio bonorum defuncti* nicht mehr die Rede sein kann. — Infolge des *beneficium abstinendi* hat schon der Prätor das Edikt über das *ius deliberandi* auch auf den *suus heres* ausgedehnt.

II. Durch den Erwerb der Erbschaft wird der Berufene Erbe *(heres* oder *bonorum possessor)* und daher direkter Universalsukzessor des Erblassers (§§ 124, 127). Als solcher setzt er die Subjektrolle des Erblassers fort, ist jetzt an des Erblassers Statt Subjekt aller rechtlichen Beziehungen, welche den Nachlaß bildeten, diese sind durch den Erbgang Bestandteile seines Vermögens geworden. Folgeweise ist der Erbe jetzt Eigentümer der zur Erbschaft gehörigen Sachen, Gläubiger in den Erbschaftsforderungen, desgleichen Schuldner bezüglich der Erbschaftspassiven, u. zw. alles so, wie es der Erblasser gewesen ist. Alle Aktiven und Passiven des Erblassers sind jetzt Aktiven und Passiven des Erben und unterscheiden sich von den übrigen gleichartigen Bestandteilen seines Vermögens nur dadurch, daß sie im Erbwege Bestandteile seines Vermögens geworden sind. *Iura in re aliena* des Erblassers an Sachen des Erben und umgekehrt erlöschen infolge des Erbschaftserwerbs durch *confusio*

(consolidatio), weil Eigentum und *ius in re aliena* an derselben Sache jetzt in einer Person zusammentreffen (§§ 59, 63), desgleichen erlöschen *confusione* auch die zwischen Erben und Erblasser bestandenen Schuldverhältnisse, weil die Schuldner- und Gläubigereigenschaft jetzt in der Person des Erben vereinigt sind (§ 103).

Da die Erbschaftsschulden jetzt ebenso Schulden des Erben sind wie die, welche er selbst kontrahiert hat, so stehen sich alle Gläubiger des Erben, sie mögen Erbschaftsgläubiger sein oder nicht, prinzipiell gleich, jedem von ihnen schuldet der Erbe persönlich den ganzen Schuldbetrag, jeder von ihnen kann daher das gesamte gegenwärtige und künftige Vermögen des Erben, Ererbtes und anderweitig Erworbenes, seiner Forderung wegen in Exekution ziehen. Insbesondere sind auch die Erbschaftsgläubiger als Gläubiger des Erben an und für sich bei der Exekutionsführung nicht etwa auf die Erbschaftsaktiven beschränkt. Dieser Grundsatz von der persönlichen und unbeschränkten Haftung des Erben für die Erbschaftsschulden ist als solcher im römischen Recht niemals aufgehoben worden. Da aber die strikte Durchführung desselben sowohl die Erbschaftsgläubiger als den Erben gefährden kann, so ist im Laufe der Zeit nach beiden Richtungen hin durch Gewährung besonderer Rechtswohltaten Abhilfe getroffen worden. Diese Rechtswohltaten sind: das *beneficium separationis* und das *beneficium inventarii*.

A. Die Erbschaftsgläubiger sind gefährdet, wenn der Erbe überschuldet ist. Würde die Erbschaftsmasse, was nur recht und billig ist, vorerst zu ihrer Befriedigung verwendet, so erhielten sie vielleicht volle Zahlung, während sie dann, wenn sie gemeinschaftlich mit den Gläubigern des Erben aus dem ganzen Vermögen desselben (einschließlich der Erbschaft) Befriedigung erhalten sollen, wegen des Mißverhältnisses zwischen Gesamtaktiven und Gesamtpassiven nur einen größeren oder kleineren Teilbetrag erhalten würden. Um diesem Übelstande abzuhelfen, gibt ihnen (sowie den Vermächtnisnehmern) schon das prätorische Edikt das *beneficium (remedium) separationis*. Diesem zufolge können sie verlangen, daß die Erbschaftsaktiven von dem übrigen Vermögen des Erben abgesondert und zunächst zu ihrer Befriedigung verwendet werden; erst der etwaige Überschuß kommt dann den Gläubigern des Erben zugute. Die Gewährung des *beneficium* erfolgt über Ansuchen der Erbschaftsgläubiger *causa cognita* durch prätorisches Dekret. Das *beneficium* steht nicht notwendig allen Erbschaftsgläubigern, sondern nur denjenigen zu, welche es erwirkt haben. Für diese ist infolge des Beneficiums die Erbschaft jetzt das ausschließliche Befriedigungsmittel; reicht dieses nicht aus, so können sie die Person des Erben nicht mehr in Anspruch nehmen, dieser ist gegen etwaige Klagen derselben durch *exceptio* geschützt. Das Recht, das *beneficium* zu verlangen, fällt für den Erbschaftsgläubiger weg, der sich seiner Forderung wegen bereits irgendwie, z. B. durch Novation, Stundung,

Zinsenvertrag usw., mit der Person des Erben eingelassen hat *(nomen heredis secutus est)*. Desgleichen erlischt es, sobald durch bereits eingetretene Vermischung die tatsächliche Absonderung der Erbschaftsaktiven unausführbar geworden ist, endlich sobald seit dem Erbschaftserwerb bereits fünf Jahre abgelaufen sind.

B. Der Erbe ist gefährdet im Falle der Überschuldung des Erblassers bezw. der Erbschaft. Denn da er nach obigem Grundsatz für die Erbschaftsschulden wie für seine eigenen Schuiden, ohne Beschränkung auf den Betrag der Erbschaftsaktiven, haftet, so muß er grundsätzlich das, was aus den Erbschaftsmitteln nicht mehr geleistet werden kann, aus seinem eigenen Vermögen zuzahlen. Gegen diese nachteilige Folge des Erwerbes einer *damnosa hereditas* gab es nach klassischem Recht nur zu Gunsten des *cum libertate* eingesetzten Sklaven des Testators *(heres necessarius,* § 125) insofern einen ediktsmäßigen Schutz, als die gegen ihn wegen der Erbschaftsschulden zulässige *venditio bonorum* über sein Verlangen durch Dekret bloß auf die *bona hereditaria,* mit Ausschluß des vom Freigelassenen selbst Erworbenen, eingeschränkt werden mußte. Andere Erben konnten sich nach klassischem Recht nur durch Privatabmachungen *(pacta)* mit den Gläubigern schützen. Zwar hatte der *suus* das *beneficium abstinendi* (§ 125), allein dies setzte voraus, daß er sich der Erbschaft überhaupt ganz enthielt, also gar nicht Erbe sein wollte. Hatte er aber einmal seinen Willen, Erbe zu sein, durch *immiscere* betätigt, so gab es auch für ihn gegen die nachteiligen Konsequenzen des Erbschaftserwerbes keinen Schutz. Durchgreifende Abhilfe für Erben jeder Art gewährte erst Justinian durch das *beneficium inventarii.* Beginnt nämlich der Erbe binnen dreißig Tagen von seiner Kenntnis der Delation, bezw. wenn er ein *necessarius* ist, der Aquisition, mit der Errichtung eines Vermögensverzeichnisses (Inventars), vollendet er dieses dann binnen weiteren sechzig Tagen, so haftet er infolgedessen den Erbschaftsgläubigern jetzt nicht für mehr, als das im Inventar verzeichnete Vermögen beträgt. Dieses im Inventar verzeichnete Vermögen (nach Abzug der Inventarskosten und anderer notwendiger Auslagen, z. B. der Kosten des Begräbnisses des Erblassers) bildet jetzt allein den Zahlungsfond für die Erbschaftsgläubiger, so daß das *beneficium inventarii* auch auf eine Separation der Erbschaft, aber im Interesse des Erben, hinausgeht. Von mehreren Erben haben nur die das *beneficium,* welche inventarisiert haben. Der Erbe, der sich durch Inventarserrichtung das *beneficium* gewahrt hat (besonderer Vorbehalt der Rechtswohltat des Inventars bei dem Erbschaftsantritt ist nach römischem Recht nicht notwendig), befriedigt die Gläubiger aus den Erbschaftsaktiven, soweit diese reichen, in der Reihenfolge, in der sie sich melden, und hat nicht eine Quotientalverteilung vorzunehmen; diese durch Konkurseröffnung über die Erbschaft anzubahnen, ist Sache der Erbschaftsgläubiger. Hat der Erbe von dem *beneficium inventarii* keinen Gebrauch gemacht, d. h. hat er in den

erwähnten Fristen kein Inventar errichtet, so bleibt es bei dem Grundsatz seiner persönlichen und unbeschränkten Haftung. Hat er sich eine Deliberationsfrist erwirkt, so kann er trotz Inventarserrichtung nicht auch noch das *beneficium inventarii* geltend machen.

III. Werden mehrere Erben des Verstorbenen, so sukzediert jeder von ihnen *in universum ius defuncti* (§ 124), da aber die Erbschaft doch nur einmal vorhanden ist, so hat die Konkurrenz solcher Miterben *(coheredes, consortes)* die Folge, daß sie sich gegenseitig beschränken und jeder von ihnen als Universalsukzessor nur eine Quote des ganzen Nachlasses erhält. Dementsprechend wird jeder zu seiner Quote gemeinschaftlich mit den Übrigen Miteigentümer jeder einzelnen zum Nachlaß gehörigen Sache, desgleichen Gläubiger und Schuldner in den Erbschaftsschuldverhältnissen. Nach den XII Tafeln sind jedoch diese, sofern sie auf Teilbares gerichtet sind, schon *ipso iure* zwischen den Miterben nach Maßgabe ihrer Erbquoten geteilt, so daß jede einzelne Forderung und Schuld in so viele Teilforderungen und Teilschulden zerfällt, als Miterben vorhanden sind. Ist der Schuldgegenstand unteilbar, so entsteht ein der Korrealität verwandtes Verhältnis, jeder Miterbe ist Schuldner bezw. Gläubiger des ganzen Unteilbaren (§ 78). Alles andere zur Erbschaft Gehörige gehört den Erben gemeinschaftlich. Diese Erbgemeinschaft *(consortium)* begründet zwischen den Miterben ein quasikontraktliches Verhältnis (§ 91, *C*), jeder Miterbe haftet den übrigen für *diligentia quam suis* (§ 77). Jeder kann Aufhebung dieser Erbgemeinschaft durch die auf den XII Tafeln beruhende *actio familiae erciscundae* verlangen, welche daraufhin der Richter durch Adjudikationen und Kondemnationen durchführt. Durch diese hat er die Miterben so auseinander zu setzen, daß jeder Miterbe den seiner Erbquote entsprechenden Wert erhält (Erbteilung).

§ 144.

Die *in iure cessio hereditatis* und die Transmission.

Gai. II, 35—37; III. 85—87; 1. 4, § 3. 1. 1. 5. D. *de. b. p. c. tab.* XXXVII, 4; 1. 19 C. *de iure delib.* VI, 30.

Die Berufung als solche eines *heres necessarius* ist, da Berufung und Erwerb bei demselben notwendig zusammenfallen, weder übertragbar noch vererblich. Aber auch die Berufung (Delation) eines anderen Erben ist nur ausnahmsweise übertragbar und vererblich.

A. Übertragbar ist nach klassischem Recht die gesetzliche Berufung *(legitima hereditas)* eines *extraneus heres*, also, wenn wir von den *gentiles* und den späteren Erweiterungen der *legitima hereditas* abgesehen (§§ 134, 136), die des *proximus agnatus*. Wollte dieser die ihm *ab intestato* nach *ius civile* deferierte Erbschaft nicht selber erwerben, so konnte er diese *delata sed nondum adquisita hereditas* einem Andern durch *in iure*

cessio (§ 52) übertragen. Tat er dies, so wurde Letzterer im Augenblicke der Vollendung des Injurezessionsaktes sofort so *heres, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset.* Eine weitere Erwerbshandlung als die Vornahme der zum Ritual der *in iure cessio* gehörigen *vindicatio hereditatis* war seinerseits nicht notwendig. Durch das Mittel dieser *in iure cessio delatae hereditatis* konnte die Erbschaft von dem nächsten Agnaten, der nicht Erbe werden wollte, insbesondere auch dem entfernteren Agnaten, der sie erwerben wollte, zugewendet und so der Satz *in legitimis hereditatibus successio non est* umgegangen werden.

Verschieden von dieser *in iure cessio delatae sed nondum adquisitae hereditatis* ist die *in iure cessio hereditatis* seitens des *extraneus heres,* der auf Grund des Testaments oder des Gesetzes bereits wirklich die Erbschaft durch *cretio, gestio* oder *aditio* erworben hat und daher schon *heres* geworden ist. Eine solche *in iure cessio adquisitae hereditatis* hat erbrechtlich gar keine Bedeutung, trotz derselben bleibt der Zedent doch immer *heres (semel heres semper heres)* und haftet als solcher nach wie vor den Erbschaftsgläubigern. Die Wirkung dieser *in iure cessio* ist nur die, daß das quiritische Eigentum aller zur *hereditas* gehörigen Sachen dadurch von dem Zedenten *(heres)* auf den Dritten übertragen wird, u. zw. so, als wenn jede Sache einzeln *in iure* zediert worden wäre. Die *in iure cessio* ist in dieser Anwendung nur ein Kollektivakt, der nicht etwa eine Universalsukzession, sondern nur eine Reihe von Singularsukzessionen begründet (§ 25). Die dem Zedenten als *heres* zustehenden Erbschaftsforderungen gehen, da Forderungen durch *in iure cessio* nicht übertragbar waren (§ 102), auf den Dritten nicht über, sondern erlöschen, was wohl in der Weise erklärt werden muß, daß der in der *in iure cessio* enthaltene, den ganzen Erbschaftskomplex kollektiv umfassende Entäußerungswille, der bezüglich der Forderungen nicht als Übertragungswille wirken kann, betreffs derselben wenigstens als Verzicht angesehen wird. Die gleiche Behandlung bei den Erbschaftsschulden eintreten zu lassen, war untunlich, da niemand auf seine Schulden verzichten kann. Ob diese *in iure cessio adquisitae hereditatis* auch von einem *heres necessarius* vorgenommen werden konnte, war streitig,*) die Prokulianer bejahten es, während die Sabinianer eine solche *in iure cessio* für ungiltig hielten. Darin waren selbstverständlich alle einig, daß eine *in iure cessio delatae sed nondum adquisitae hereditatis* bei einem *heres necessarius* niemals vorkommen konnte.

Das Ritual der *in iure cessio* ist in beiden Fällen das gewöhnliche (§ 52), nur mit der selbstverständlichen Modifikation, daß die *vindicatio* des Erwerbers auf die *hereditas* gerichtet war: *aio hereditatem Lucii Titii ex I. Q. meam esse.* Trotz dieser in beiden Fällen gleichlautenden *vindicatio*

*) Die Streitfrage bezog sich nicht bloß auf den *suus et necessarius*, dies beweist Gai. II, 37 und die Begründung in III, 87.

war aber, wie gezeigt, doch die Rechtswirkung eine sehr verschiedene, was mit der Verschiedenheit der Rechtsstellung zusammenhängt, die der Zedent in jedem dieser Fälle hatte.

B. Vererblich ist die Berufung (Delation) als solche nur dort, wo ausnahmsweise Transmission derselben eintritt. Wo das nicht der Fall ist, bleibt es bei der hergebrachten Regel, daß die Berufung unvererblich ist und mit dem Tode des Delaten erlischt *(hereditas nondum adquisita non transmittitur ad heredes heredis).* Über die Transmissionsfälle hier nur folgendes:

1. Ist der Delat ohne sein Verschulden zeitweise verhindert gewesen, die ihm deferierte Erbschaft zu erwerben, und ist er während dieser Zeit verstorben, ohne die Erbschaft erworben zu haben, so gewährte schon der Prätor den Erben des Berufenen *causa cognita* durch Dekret eine außerordentliche Rechtshilfe, die darin bestand, daß er sie auf Grund der zu Gunsten ihres Erblassers erfolgten Delation zum Erwerb der bezüglichen *bonorum possessio* zuließ *(transmissio ex capite in integrum restitutionis).*

2. Weiter ging die Gesetzgebung der christlichen Kaiser, indem sie unter gewissen Voraussetzungen ohneweiters Vererbung der Delation eintreten ließ. Der umfassendste Transmissionsfall der Art ist die *transmissio Iustinianea.* Stirbt nämlich der Delat vor Ablauf eines Jahres seit erlangter Kenntnis von der Delation oder wenn er eine Deliberationsfrist erworben hat vor Ablauf dieser Frist, so können seine Erben während der noch übrigen Zeit des Jahres, bezw. der Deliberationsfrist auf Grund der zu Gunsten ihres Erblassers erfolgten Delation die Erbschaft rechtsgiltig antreten und erwerben. Diese Transmission tritt gleichmäßig ein, es mag sich um eine Delation auf Grund eines Testaments oder des Gesetzes handeln, und kommt sowohl den testamentarischen, wie den gesetzlichen Erben des Delaten zugute.

Jede Transmission ist eine Sukzession in die zugunsten des Delaten erfolgte Delation und nicht etwa eine neue Delation. Folgeweise schließt die Transmission dort, wo sie platzgreift, den Eintritt des Substitutionsfalles und der Akkreszenz aus. Substitution wie Akkreszenz treten erst dann in Kraft, wenn es zu keiner Transmission kommt oder auch diese erfolglos bleibt.

§ 145.

Akkreszenz und Kaduzität.

l. 53. § 1. D. *de A. et O. H.* XXIX. 2; Ulp. XVII, XVIII.

I. Fällt einer von mehreren zur Erbfolge durch Testament oder Gesetz Berufenen fort, ohne die Erbschaft erworben zu haben, sei es, daß er z. B. noch vor dem Testator stirbt, oder daß die Bedingung seiner Erbeseinsetzung

defiziert, oder daß er die ihm bereits deferierte Erbschaft wegen später eingetretener Erbunfähigkeit nicht erwirbt oder ausschlägt, oder endlich daß er stirbt, ohne sich über die Annahme der Erbschaft erklärt zu haben, so ist das Schicksal der auf ihn entfallenden Erbportion folgendes: Handelt es sich um testamentarische Erbfolge, so tritt, falls die Voraussetzungen eines Transmissionsfalles vorliegen, Transmission der Delation ein. Fehlt es an diesen Voraussetzungen oder bleibt auch die Transmission erfolglos, so wird, falls eine Substitution angeordnet ist, dem Substituten deferiert. Bleibt auch das erfolglos, oder ist überhaupt keine Substitution angeordnet, so tritt Akkreszenz der erledigten Erbportion zugunsten der übrigen ein. Dasselbe gilt im Wesen auch im Falle der Intestaterbfolge nur mit der Modifikation, die sich daraus ergibt, daß hier von einer Substitution keine Rede ist. Folgeweise kommt es, falls nicht Transmission eintritt oder diese erfolglos bleibt, sofort zur Akkreszenz. Ob und inwiefern bei der Intestaterbfolge durch teilweise *successio graduum* etwas dem Substitutionsfall Ähnliches herbeigeführt werden kann, muß hier außer Betracht bleiben.

Das Wesen der Akkreszenz besteht darin, daß die erledigte Erbportion den Erbportionen der Mitberufenen verhältnismäßig zuwächst, so daß diese sich dadurch von selbst verhältnismäßig vergrößern. Fällt daher z. B. von drei Eingesetzten einer aus, so beträgt die Erbportion der zwei übrigen nicht mehr je ein Drittel, sondern je die Hälfte, so daß kein Teil der Erbschaft unbeerbt bleibt. Diese Erweiterung der Erbportionen tritt gleichmäßig ein, es mögen dieselben seitens der Mitberufenen zur Zeit des Akkreszenzfalles bereits erworben sein oder nicht. Im ersten Falle wird jeder von ihnen, obwohl er zunächst nur ein Drittel der Erbschaft erworben hat, von selbst Erbe zur Hälfte, während er im zweiten Falle nur die durch die Akkreszenz bereits vergrößerte Erbportion erwerben kann, was insbesondere wegen der Schuldenhaftung von Bedeutung ist. Gewöhnlich tritt die Akkreszenz zugunsten der Erbportionen aller Mitberufenen ein, doch kann es auch innerhalb der Akkreszenz ein Vorzugsrecht geben. Dies findet im Falle einer testamentarischen Erbfolge zwischen denen statt, die auf eine und dieselbe Erbquote eingesetzt sind; fällt einer von diesen aus, so akkresziert seine Portion zunächst dem andern mit ihm zur selben Quote Berufenen *(re coniunctus)*, und erst, wenn auch dieser ausfällt, tritt Akkreszenz zugunsten aller übrigen ein. Z. B.: der Testator hat als Erben eingesetzt den *A* auf ein Drittel, den *B* und *C* auf das zweite Drittel, endlich den *D* auf das letzte Drittel. Fällt *A* aus, so tritt Akkreszenz zugunsten aller übrigen ein, fällt dagegen *C* aus, so akkresziert seine Portion nur dem *B*, welcher jetzt das zweite Drittel allein erhält, und erst wenn auch *B* nicht erwirbt, tritt wieder Akkreszenz zugunsten der Erbportionen des *A* und *D* ein. Das Gleiche gilt bei der gesetzlichen Erbfolge im Falle einer *successio in stirpes* oder *in lineas*. Fällt hier einer von den zu demselben Stamm oder zu derselben Linie Gehörigen aus, so tritt Akkreszenz zunächst

auch hier nur bezüglich der auf diesen Stamm oder diese Linie entfallenden Erbportionen ein. Sind z. B. *ab intestato* berufen die Söhne des Erblassers *A, B, C,* die Enkel vom vorverstorbenen Sohn *D: x, y, z,* endlich die Enkel vom vorverstorbenen Sohn *E: m, n,* so tritt, falls *A* ausfällt, Akkreszenz zugunsten aller Erbquoten ein (*B, C,* die Kinder das *D,* endlich die Kinder des *E* erhalten je $^1/_4$ und nicht bloß $^1/_5$, wie dann, wenn *A* miterben würde), während dann, wenn z. B. *n* ausfällt, dessen Portion nur seinem Stammesgenossen *m* akkresziert, so daß dieser jetzt die Stammesportion allein erhält. Dasselbe gilt, wenn zwischen gleichnahen väterlichen und mütterlichen Aszendenten des Erblassers Teilung *in lineas* eintritt (§ 136) und einer dieser Aszendenten ausfällt. Denn dann tritt die Akkreszenz nur zugunsten der zur selben Linie gehörigen Aszendenten ein, indem diese jetzt größere Teile der auf diese Linie entfallenden Hälfte erhalten. Akkreszenz darüber hinaus findet dort wie da immer erst dann statt, wenn der ganze Stammes-, bezw. Linienteil erledigt ist.

Der Grund dieser kraft Rechtsnotwendigkeit unabhängig vom Willen der Erben eintretenden Akkreszenz ist der, daß jeder Erbe zur ganzen *universitas* berufen ist (§ 124). Daß bei mehreren Erben jeder schließlich nur eine Quote der ganzen Erbschaft erhält, ist bloß eine Folge des Umstandes, daß die Erbschaft zu der sie alle berufen sind, nur einmal vorhanden ist, daher *concursu partes fiunt.* Fällt somit einer von den mehreren Konkurrenten weg, ohne daß durch Transmission oder Substitution jemand an seine Stelle tritt, so vergrößern sich notwendig die Erbquoten der übrigen Konkurrenten. Dieses aus der Totalität der Beerbung sich notwendig ergebende Resultat tritt auch dort ein, wo der Testator sämtliche Erben *ex certa parte* instituiert hat. Auch hier tritt mit dem Ausfall eines Berufenen Akkreszenz ein, weil trotz der *certa pars* jeder Eingesetzte doch auf die ganze Erbschaft berufen ist, indem die Hervorhebung der *certa pars* nur das Verhältnis ausdrückt, nach dem sie zufolge des Willens des Testators die Erbschaft teilen sollen. Kommen wirklich alle zur Sukzession, so hat diese vom Testator vorgenommene Quotenverteilung ihre volle Wirkung; fällt dagegen einer aus, so tritt wegen der Totalität der Beerbung und Ausschließung der Konkurrenz gesetzlicher Erbfolge (§ 124, III) auch wieder die Akkreszenz ergänzend ein. Die Quotenbestimmung des Testators hat jetzt die Bedeutung, daß die Akkreszenz nach Maßgaben dieses Quotenverhältnisses platzgreift.

II. Das geschilderte Akkreszenzrecht wurde, soweit es sich auf die testamentarische Erbfolge bezieht, durch die Bestimmungen der Julisch-Papischen Gesetze (§§ 7, 112) wesentlich eingeschränkt. Von nun an kommt es diesbezüglich auf die Unterscheidung zwischen dem *quod pro non scripto* und dem, was *caducum* oder *in causa caduci* ist, an.

A. Pro non scripto sind die testamentarischen Verfügungen, welche *iure civili* gleich von Anfang an ungiltig sind. Betreffs dieser bleibt es

bei dem althergebrachten Recht *(ius antiquum* im Gegensatz zu den neuen Bestimmungen der *leges Iulia* und *Papia Poppaea)*; die infolge Ungiltigkeit der Anordnung nicht erworbene Portion akkresziert, falls es an giltiger Substitution fehlt, wie bisher den übrigen.

B. Ist dagegen die testamentarische Verfügung zwar von Anfang an giltig, ohne daß jedoch der Eingesetzte das ihm Zugedachte später erwerben würde, so wird dasselbe, falls nicht eine Substitution angeordnet ist, *caducum* oder *in causa caduci.* Ersteres dann, wenn der Grund des Nichterwerbes in der *incapacitas* (§ 142) des Eingesetzten oder darin liegt, daß die ursprünglich giltige Verfügung erst nach dem Tode des Testators aus irgend einem Grunde entkräftet wird oder erfolglos bleibt; letzteres dann, wenn diese spätere Unwirksamkeit zwar nach der Testamentserrichtung, aber doch noch vor dem Tode des Testators eingetreten ist. Defiziert daher z. B. die Bedingung der Erbeseinsetzung erst nach dem Tode des Testator, so ist die Erbportion *caducum,* während sie, wenn das noch bei Lebzeiten des Testators geschah, *in causa caduci* ist. Das rechtliche Schicksal dessen, was *caducum* oder *in causa caduci* ist, ist folgendes:

1. *Liberi* und *parentes* des Testators bis zum dritten Grade einschließlich behalten auch betreffs desselben das *ius antiquum.* Folgeweise akkresziert ihnen die durch Kaduzität erledigte Portion in demselben Maße wie bisher, so daß sie auch jetzt von der kaduken Portion die Quote erhalten, die ihnen nach Maßgabe ihres Erbteiles *iure accrescendi* zukommt.

2. Darüber hinaus hat jetzt das *ius antiquum* betreffs dessen, was *caducum* oder *in causa caduci* ist, keine Anwendung, vielmehr tritt diesbezüglich *caducorum vindicatio* zugunsten der *patres, qui in eo testamento liberos habent,* d. h. der in demselben Testament Bedachten ein, welche *liberi* im Sinne des prätorischen Edikts (§ 135) haben u. zw. unter diesen mit Vorzug der Erben vor den Legataren. Hat keiner von dem im Testament Bedachten Kinder, so fällt das *caducum ad populum.* Zufolge einer Konstitution Caracallas tritt an Stelle der *patres, qui in eo testamento liberos habent,* bezw. des *populus* der Fiskus, so daß nur ihm jetzt die *caducorum vindicatio* zusteht.*) Die zur *caducorum vindicatio* im

*) Als Beispiel diene folgender Fall: Der Testator hat als Erben eingesetzt: seine Kinder *A, B,* die *extranei C, D, E, F,* jeden auf ein $^1/_6$. Die Einsetzung des *C,* welcher Peregrinus ist, ist *pro non scripto, D* ist unverheiratet, *E* ist über 60 Jahre alt *F,* hat *liberi.* Da die Einsetzung des *C* von Anfang an ungiltig ist, so tritt betreffs dieser Quote Akkreszenz ein, folgeweise erweitern sich die Erbquoten der übrigen auf je $^1/_5$. Von diesen ist wegen Zölibats das $^1/_5$ des *D* kaduk. *Iure antiquo* würde betreffs desselben Akkreszenz eintreten, u. zw. so, daß jede der übrigen vier Erbquoten um $^1/_{20}$ vergrößert würde. Dieses *ius antiquum* behalten die Kinder des Testators *A* und *B, A* erhält somit $^1/_5 + {}^1/_{20}$, ebenso *B* $^1/_5 + {}^1/_{20}$, bleiben daher von dem kaduken $^1/_5 = {}^4/_{20}$ noch als Rest übrig $^2/_{20}$, betreffs welcher *caducorum vindicatio* platzgreift. Da der als Erbe eingesetzte *F liberi* hat, so war bis zur Konstitution Caracallas er bezüglich dieser $^2/_{20}$ zur *caducorum vindicatio* berechtigt. Nach dieser Konstitution stand die *caducorum vindicatio* dagegen dem Fiskus zu.

Lauf der Zeit berechtigten Personen erwarben das, was *caducum* oder *in causa caduci* war, ohne ihren Willen, jedoch nicht gegen ihren Willen; lehnten sie den gemachten Erwerb ab, so wurde dieser dadurch rückgängig. Der Erwerb infolge Kaduzität erfolgte *cum onere*, d. h. der Erwerber hatte die der Erbportion testamentarisch auferlegten Lasten: Vermächtnisse usw, zu tragen. Im Justinianischen Recht ist die *caducorum vindicatio* beseitigt und das *ius antiquum* wieder hergestellt, jedoch mit der Modifikation, daß die erledigte Portion jetzt stets *cum suo onere* akkresziert, was nach altem Recht dort, wo die Akkreszenz infolge ursprünglicher Ungiltigkeit der Verfügung *(quod pro non scripto est)* eintrat, nicht der Fall war.

§ 146.

Schutz des Erbrechtes.

l. 9. II. pr. § 1; l. 20. pr. § 3, 6. l. 28, D. *de her. petit.* V, 3; Gai. IV, 144; l. 1. pr. l. 2. D. *quor. bonor.* XLIII. 2; *de poss. her. pet.* V, 4.

I. Die dem *heres* nach *ius civile* zustehende Klage ist die *hereditatis petitio*. Diese ist eine Gesamtvindikation der Erbschaftsobjekte *(vindicatio hereditatis)* aus dem Titel des zivilen Erbrechtes.

1. Kläger in der *hereditatis petitio* ist nur der, welcher bereits *heres* ist. Wird ihm diese Eigenschaft seitens des Beklagten bestritten, so hat er selbe zu beweisen. Dazu ist immer der Beweis der Berufung erforderlich. Der Beweis des Erwerbsaktes ist selbst beim *voluntarius heres* in der Regel nicht notwendig, da die Betätigung des Erwerbswillens *(pro herede gestio)* schon in der Anstellung der *hereditatis petitio* liegt. Davon gilt nach klassischem Recht nur dann eine Ausnahme, wenn testamentarisch solenne *cretio* vorgeschrieben ist. Dann wird der Kläger auch die Vornahme dieser *cretio* innerhalb der zuständigen Frist (§ 125) zu beweisen haben, da er dann auf Grund der Delation nur durch gehörige und rechtzeitige *cretio* Erbe geworden sein kann.

2. Beklagter ist derjenige, welcher erbschaftliche Objekte, viele oder wenige, besitzt. *Possessor* im Sinne der *hereditatis petitio* ist nicht bloß der, welcher erbschaftliche Sachen *(corpora)* besitzt, sondern auch der Erbschaftsschuldner, welcher seine Schuld nicht bezahlt *(iuris possessor)*. Soll aber ein solcher *corporis* oder *iuris possessor* mit der *hereditatis petitio* belangt werden können, so muß er *possessionem hereditatis* haben, d. h. sein Besitz muß ein solcher sein, daß er sich dadurch mit dem Erbrecht des Klägers in Widerstreit setzt. Jede *hereditatis petitio* setzt eine *controversia de hereditate* voraus, welche nur dann vorliegt, wenn der Beklagte Erbschaftsobjekte entweder *pro herede* oder *pro possessore* besitzt.

a) Pro herede besitzt der, welcher sich selbst für den Erben hält oder doch (wenn auch lügnerisch, *per mendacium*) dafür ausgibt; insbesondere

auch der *bonorum possessor*, sofern er erbschaftliche Objekte hat. Jeder solche Besitzer bestreitet dadurch entschieden das Erbrecht des Klägers, da er das Erbrecht ganz oder teilweise für sich in Anspruch nimmt.

b) *Pro possessore* dagegen besitzt derjenige, welcher nicht einmal vorgibt, Erbe zu sein *(nec contendit se heredem esse)*, der erbschaftliche Objekte ohne jeden scheinbaren oder nur aus einem solchen Titel besitzt, dessen Nichtigkeit sofort auffällt, der *interrogatus cur possideat, responsurus sit: quia possideo.* Wenn nun ein solcher *praedo* gleichwohl Objekte, die er als erbschaftliche anerkennt, dem Kläger nicht herausgibt, so kann dies nur den Grund haben, daß er ihn nicht als Erben anerkennt. Folgeweise bestreitet auch er durch seinen Besitz das Erbrecht des Klägers. Wer dagegen erbschaftliche Sachen *titulo singulari*, z. B. auf Grund wirklicher oder eingebildeter Schenkung, eines Kaufes usw., besitzt, der kann vom Erben nicht mit der *hereditatis petito*, sondern nur mit den dem Erben als Universalsukzessor zustehenden Singularklagen (z. B. der *rei vindicatio*, der Forderungsklage usw.) belangt werden. Hier fehlt es an jeder *controversia de hereditate*, ein solcher Besitzer bestreitet nicht das Erbrecht des Klägers, sondern nur die Zugehörigkeit des betreffenden Objektes zur Erbschaft.

Dem Besitzer gleich steht auch bei der *hereditas petitio* der *fictus possessor;* als solcher gilt der *qui dolo malo desiit possidere* zufolge der Bestimmung des *S. C. Iuventianum* und nach Analogie der *rei vindicatio* der *qui, liti se obtulit, quasi possideret* (§ 57). Nur können diese natürlich bloß auf die *litis aestimatio* verurteilt werden.

Wegen der Objekte, die der *possessor pro herede* oder *pro possessore* besitzt, hat der *heres* an und für sich natürlich auch gegen ihn die bezüglichen Singularklagen; gebraucht er diese jedoch gegen den Erbschaftsbesitzer, so gibt der Prätor diesem (jedenfalls dem *possessor pro herede*, ob auch dem *pro possessore* ist streitig), dagegen die *exceptio ne praeiudicium hereditati fiat*, damit nicht wie Justinian sagt, im Wege der Singularklagen die Kognition des Zentumviralgerichtes, zu dessen Kompetenz die Erbschaftsklage gehörte, umgangen würde.

3. Gerichtet ist die *hereditatis petitio* auf Herausgabe der in den Nachlaß gehörigen Objekte, die sich im Besitze des Beklagten befinden, also nicht bloß auf die Herausgabe der *res hereditariae* selbst, sondern auch des Zuwachses und der Früchte derselben, desgleichen der Sachen, die im Interesse des Nachlasses angeschafft worden sind *(hereditatis causa comparatae)* sowie der Gelder und Forderungen, die durch Verkauf von Erbschaftsobjekten erzielt worden sind (*res succedit in locum pretii et pretium in locum rei)*. Seit dem *S. C. Iuventianum* *) aus der Regierungszeit

*) Veranlaßt durch eine *oratio* Hadrians (§ 9), bezog es sich zunächst nur auf die *vindicatio* der dem Fiskus als *caduca, bona vacantia* oder *ex alia causa* angefallenen Erbschaften, ist aber widerspruchslos auch auf die *hereditatis petitio privatorum* angewendet worden.

Hadrians (129 n. Chr.) gestaltet sich jedoch die Restitutionspflicht des in der *hereditatis petitio* unterlegenen Beklagten verschieden, je nachdem er *bonae fidei possessor* oder *malae fidei possessor* ist:

a) Der *bonae fidei possessor*, „welcher mit seinem eigenen Vermögen zu wirtschaften glaubt", haftet jetzt nur bis auf den Betrag der zur Zeit des Urteils bei ihm noch vorhandenen Bereicherung *(— qui iustas causas habuissent quare bona ad se pertinere existimassent usque eo dum taxat [condemnandos] quo locupletiores ex ea re facti essent)*, er soll keinen Schaden, aber auch kein *lucrum* vom Erbschaftsbesitz haben. *Post controversiam motam*, d. h. sobald er von der Klageerhebung Kenntnis erhalten, muß er sich jedoch trotz seiner *bona fides* doch die Möglichkeit des Unterliegens vor Augen und sich zur Restitution bereit halten. Folgeweise haftet er von nun an für jedes Verschulden, während bis zum Prozeßbeginn von einer Verschuldung desselben, er mag noch so leichtsinnig vorgegangen sein, *quia sua re abuti putat*, nicht gesprochen werden kann.

b) Strenger haftet der *malae fidei possessor (malae f. possessor* ist nicht nur der Besitzer *pro possessore*, sondern auch der *pro herede*, welcher *per mendacium contendit, se heredem esse)*. Denn dieser muß nicht bloß das herausgeben, was er noch hat, sondern muß auch vom Beginn seines Besitzes, bezw. seiner *mala fides* an jede Minderung und jeden Entgang ersetzen, welche durch sein Verschulden herbeigeführt sind, insbesondere hat er daher auch die versäumten Früchte zu vergüten. *Post controversiam motam* haftet er sogar auch für den Zufall.

Daß nach klassischem Recht die *usucapio pro herede* der *hereditatis petitio* gegenüber unwirksam war, wurde bereits früher bemerkt (§ 125).

4. Bezüglich der Verwendungen, die der Beklagte auf die Erbschaftsobjekte gemacht hat, ist jetzt auch zwischen dem *bonae* und *malae fidei possessor* zu unterscheiden. Ersterer kann den Ersatz aller Verwendungen *(impensae necessariae, utiles* und *voluptuariae)* beanspruchen und durch Retention der Erbschaftssachen realisieren, während letzterer ein solches Retentionsrecht nur bezüglich der *impensae necessariae* und *utiles* hat u. zw. bezüglich der letzteren nur dann und nur so weit, als sie jetzt noch vorhanden sind. Betreffs der *impensae voluptuariae* hat er nur das *ius tollendi*. Der gleichen Beschränkung unterliegt der Verwendungsanspruch des *bonae fidei possessor* nach der Klageerhebung. Alle diese durch bloße Retention — nicht durch Klage — realisierbaren Verwendungsansprüche hat der Richter schon ohne *exceptio* kraft seines *officium* zu berücksichtigen.

II. Der *bonorum possessor* macht die ihm erteilte *bonorum possessio* mittelst *interdictum quorum bonorum* geltend (§ 127, III).

1. Dasselbe setzt auf Seite des Klägers voraus, daß ihm vom Prätor die *bonorum possessio* erteilt worden ist. Diese *datio* hat er nötigenfalls zu beweisen.

2. Beklagter ist der Erbschaftsbesitzer, d. h. derjenige, welcher Erbschaftssachen *(corpora)* entweder *pro herede* oder *pro possessore* besitzt. *Possessor pro herede* ist insbesondere auch der *heres*, welcher Erbschaftssachen besitzt. Wer nur *iuris possessio* hat, kann mit dem Interdikt nicht belangt werden.

3. Das *interdictum* ist *adipiscendae possessionis*, es bezweckt Erlangung des Besitzes der beim Beklagten befindlichen Erbschaftssachen. Auch diesem Interdikt gegenüber ist die *usucapio pro herede* wirkungslos. Auf dem Unterschied zwischen *bonae* und *malae fidei possessor* kommt es bei der Restitution auf Grund des Interdikts nicht an. Wird das Interdikt gegen den *heres* angestellt, so muß auch dieser die Erbschaftssachen, die er besitzt, an den Kläger restituieren, kann aber dann gegen ihn, falls dessen *bonorum possessio sine re* ist, die *hereditatis petitio* mit Erfolg anstellen.

Im späteren Recht u. zw. schon im Hadrianischen Edikt, hat der *bonorum possessor* außer dem Interdikt auch eine *hereditatis petitio utilis* (*hereditatis petitio possessoria*, § 127), welche sich von der *hereditatis petitio* nur durch das Klagefundament *(bonorum possessio*, nicht wie dort *hereditas)* unterscheidet, sonst aber ganz nach ihrem Muster gebildet ist. Insbesondere kann sie auch wegen aller Erbschaftsobjekte, nicht bloß wegen der Sachen angestellt werden.

VI. *Bona vacantia* und *ereptoria*.

§ 147.

Bona vacantia.

Ulp. XXVIII, 7; l. 1. § 1, l. 11. D. *de iure fics.* XLIX. 14; l. 96, § 1. D. *de leg.* I; J. *de eo cui. lib. c.* III, 11.

I. Wenn nach dem Erblasser niemand, weder *ex testamento* noch *ab intestato heres* wird, wenn ferner auch niemand nach ihm die *bonorum possessio* erwirbt, so wird sein Nachlaß zum erblosen Gut, *bona vacantia*. Nach einer Bestimmung der *lex Iulia et Papia Poppaea* fielen die *bona vacantia* an den *populus (aerarium)*, später an den Fiskus.

1. Der Erwerb dieser *bona* durch den Fiskus erfolgt *ipso iure* mit dem Eintritt der Erblosigkeit; dadurch wird der Fiskus Universalsukzessor des Verstorbenen. Die Geltendmachung des bereits geschehenen Erwerbes erfolgt durch Einziehung des Nachlasses seitens der Organe des Fiskus *(vindicatio bonorum)*.

2. Dieser kraft Gesetzes von selbst eintretende Erwerb findet gleichmäßig statt, es mag sich um einen solventen oder insolventen Nachlaß handeln; auch letzterer wird *ipso iure* dem Fiskus erworben, welcher infolgedessen den Gläubigern des Erblassers wie ein Erbe haftet. Diese noch

von Labeo anerkannte, das fiskalische Interesse gefährdende Konsequenz wurde aber später durch das prätorische Edikt unschädlich gemacht, welches bestimmte, daß insolvente erblose Güter den Gläubigern behufs *venditio bonorum* überlassen bleiben. Der Sinn dieser in der Ediktsrubrik: *si heres non extabit* getroffenen Bestimmung ist der, daß insolvente *bona vacantia* trotz des gesetzlich *ipso iure* eingetretenen Heimfalls vom Prätor doch als dem Fiskus nicht erworben behandelt werden. Folgeweise hat jetzt der fortbestehende *ipso iure*-Erwerb des Fiskus nur mehr für solvente *bona vacantia* praktische Bedeutung. Insolvente Nachlässe fallen zwar nominell auch noch an den Fiskus, gelten aber jetzt als von ihm nicht erworben, so daß sich die Gläubiger überhaupt nicht mehr an den Fiskus halten, sondern sich nur mittelst *venditio bonorum* (Konkurs) aus dem Nachlaß bezahlt machen können. Da zufolge der Ediktsbestimmung nur mehr solvente *bona vacantia* als vom Fiskus erworben gelten, so ergibt sich als Resultat, daß der Fiskus für die Nachlaßschulden ohne jedes *beneficium inventarii* schon grundsätzlich nur dann und nur so weit haftet, wenn und soweit er im Nachlaß dafür genügende Deckung findet.

3. Der Fiskus haftet endlich auf Grund des Erwerbes der *bona vacantia* auch für die Vermächtnisse, und zwar nicht bloß für die, mit welchen der Erblasser speziell den Fiskus für den Fall der Vakanz der *bona* belastet hat, sondern auch für die, welche er im Testament den eingesetzten Erben auferlegt hat. Allerdings sind diese letzteren ungiltig, da das Testament ja notwendig destituiert (§ 132) sein muß, wenn von der in Behandlung stehenden Sukzession des Fiskus die Rede sein soll. Allein trotzdem muß sie der Fiskus zufolge singulärer Bestimmung wohl schon der *lex Iulia et Papia Poppaea* entrichten. Desgleichen treten zu Lasten des Fiskus auch die testamentarischen Freilassungen in Kraft. Wahrscheinlich haben diese Bestimmungen den Grund, die Sukzession des Fiskus weniger gehässig erscheinen zu lassen.

4. Das Recht des Fiskus zur *vindicatio bonorum* erlischt nach vier Jahren vom Eintritt der Erblosigkeit an gerechnet.

Manche Korporationen und Anstalten hatten ein den Fiskus ausschließendes Heimfallsrecht betreffs der *bona vacantia* nach ihren Angehörigen. So z. B. die Schiffergilden, in der christlichen Zeit Kirchen u. a.

II. Wird der erblose Nachlaß auch vom Fiskus nicht eingezogen, sei es, daß der Erwerb wegen Insolvenz nicht als geschehen gilt, sei es, daß der Fiskus von seiner *vindicatio bonorum* keinen Gebrauch machen will, so kommt es nach der obenerwähnten Ediktsklausel zur *venditio bonorum* (Konkurs). Die Folge ist Erfolglosigkeit aller Zuwendungen des Erblassers, insbesondere auch der testamentarischen Freilassungen. Nach einem Reskript Mark Aurels kann aber dieser *venditio bonorum* noch durch *addictio bonorum libertatum conservandarum causa* vorgebeugt werden. Sind nämlich letztwillig vom Erblasser Freilassungen (direkte oder fideikommis-

sarische, § 28) angeordnet, so ist es im Interesse der Erhaltung dieser Freilassungen gestattet, daß einer dieser Freigelassenen selbst oder irgend ein Dritter um die *addictio bonorum* beim Magistrat ansucht. Diese wird dem Impetranten durch Dekret dann gewährt, wenn er durch besondere Kautionsleistung die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger auf sich nimmt. Durch diese *addictio* wird der Impetrant Universalsukzessor und zwar *heredis loco*, und hat als solcher die Erbschaftsklagen als *actiones utiles*. Für Befriedigung der Gläubiger haftet er insbesondere auch aus seiner kautionsweisen *promissio*. Zugleich mit der *addictio* erlangen alle vom Erblasser letztwillig angeordneten Freilassungen die Kraft, die sie im Falle seiner Beerbung gehabt hätten. Der direkt (*testamento*, § 28) Freigelassene wird daher *ipso iure* frei und *orcinus libertus* (sofern sich nicht der Impetrant selbst mit Zustimmung des letztwillig Freigelassenen gelegentlich der *addictio* die Erlangung des Patronats über ihn ausbedungen hat), während die bloß fideikommissarisch Freigelassenen jetzt dem Impetranten gegenüber Anspruch auf Vornahme der Manumission haben. Die Vermächtnisse braucht der Impetrant nicht zu erfüllen. Fehlt es an Freilassungen, so ist unsere *addictio* ausgeschlossen und somit die *venditio bonorum* des Nachlasses unabwendbar.

§ 148.

Ereptoria.

Ulp. XIX, 17.

Nach der *lex Iulia et Papia Poppaea* und späteren Gesetzen kann eine Erbschaft (ebenso auch ein Vermächtnis) demjenigen, der sie *ex testamento* oder *ex lege* wirklich erworben hat, wegen Indignität wieder abgenommen werden.

1. Die Fälle der Indignität sind zahlreich. Im allgemeinen tritt sie infolge eines Deliktes gegen die Person des Erblassers (z. B. Tötung desselben durch den eingesetzten Erben) oder als Folge einer Mißachtung des testamentarischen Willens des Erblassers ein (deshalb ist z. B. der *indignus*, welcher grundlos gegen das Testament die *querela inofficiosi testamenti* durchgeführt hat).

2. Der *indignus* macht trotz Indignität doch den Erwerb, wird also *heres* oder *bonorum possessor*, allein das Erworbene wird ihm vom Fiskus abgenommen *(eripitur ut indigno*, daher *ereptorium)*. Nach dieser *ereptio* ist der Fiskus Universalsukzessor *(heredis loco)*, der *indignus* kommt als solcher nicht mehr in Betracht, behält aber das *nomen heredis* und auch das *ius sepulcri*. Von nun an hat der Fiskus die Erbschaftsklagen, haftet für die Schulden und muß die dem *indignus* auferlegten Vermächtnisse leisten. Natürlich bleiben auch die testamentarischen Freilassungen in Kraft.

VII. Die Vermächtnisse.

§ 149.

Die Legate.

Gai. II, 192—223; 229—245; Ulp. XXIV; J. *de leg.* II, 20; l. 116, D. *de legat.* I, 30.

So wie Freilassungen kann der Erblasser auch solche letztwillige Liberalitäten auf Kosten der Erbschaft anordnen, die in einer Zuwendung von Vermögenswerten bestehen. Die älteste Art solcher letztwilliger liberaler Vermögenszuwendungen waren die Legate, welche schon in den XII Tafeln ihre Anerkennung gefunden haben (§ 130). Sie setzen ein Testament voraus, können nur einem Testamentserben (nicht einem Intestaterben oder einem Legatar) auferlegt, ursprünglich nur im Testament, später, nach dem Aufkommen der Kodizille, auch in einem konfirmierten Kodizill (§ 150, II) angeordnet und nur dem hinterlassen werden, der zum Erben eingesetzt werden kann. Legate an Peregrinen und an *personae incertae* waren ebenso wie die Erbeseinsetzung derselben ungiltig. Das Legat begründet keine Universalsukzession, sondern nur einen Singularerwerb, „es gibt dem Legatar nur Rechte, Schulden können nicht vermacht werden". Jedes Legat mußte als streng zivile Verfügung in lateinischer Sprache mit bestimmten solennen Worten *(verbis civilibus)* angeordnet werden. Nach den im Laufe der Zeit zulässig gewordenen Wortformeln unterschied man vier Arten der Legate, nämlich das *legatum per vindicationem, per damnationem, sinendi modo* und *per praeceptionem.*

I. Das *legatum per vindicationem.* Dieses wurde angeordnet mit den Worten: *do lego;* später waren auch zugelassen die Worte: *sumito, habeto* oder *capito.* Beispiele solcher Vindikationslegate sind: *L. Titio hominem Stichum do lego,* oder *Gaio fundum Cornelianum deducto usufructu do lego,* oder *Publio usumfructum fundi Semproniani do lego,* oder *Maevius aquaeductum (iter, viam) in fundo Iuliano habeto.* Daraus ist ersichtlich, daß nicht nur Sachen, sondern auch Servituten *per vindicationem* deduziert und legiert werden konnten (§ 63). Andere *iura in re aliena* dagegen konnten, da sie nicht *iuris civilis* waren (§ 60, 70), *per vindicationem* nicht vermacht, beziehungsweise deduziert und bestellt werden. Das Vindikationslegat ist eine unmittelbare Vergabung der Sache oder des vermachten Rechtes durch den Testator. Mit dem Erwerb dieses Legates wird der Legatar sofort Eigentümer *ex I. Q.* (§ 55) beziehungsweise Servitutsberechtigter (§ 63) und kann sein Sachenrecht durch *vindicatio rei* oder *iuris (confessoria in rem actio)* (§ 65) geltend machen, daher der Name *legatum per vindicationem.* Auktor seines Rechtes ist immer der Testator, nicht der Erbe. Vermöge dieser sachenrechtlichen Wirkung des Vindikationslegats kann es nur betreffs solcher Sachen angeordnet werden, welche sowohl zur Zeit der Testaments- (Kodizills-) Errichtung, als

auch zur Zeit des Todes des Testators im quiritischen Eigentum desselben stehen, bloß bei vertretbaren Sachen genügt die Angehörigkeit derselben im Augenblicke des Todes des Testators. Ist eine Sache *per vindicationem* Mehreren legiert, sei es *coniunctim (Titio et Seio hominem Stichum do lego)*, sei es *disiunctim (Titio fundum Cornelianum do lego; eundum fundum Seio do lego)*, so entsteht, falls die Mehreren das Legat erwerben, Miteigentum, fällt einer von ihnen aus, so tritt Akkreszenz zugunsten der Kollegatare ein, weil jedem von ihnen doch die ganze Sache legiert ist, also auch hier die *partes* nur *concursu fiunt*. Nach der *lex Iulia et Papia Poppaea* war aber auch hier die Akkreszenz ausgeschlossen, falls Kaduzität des nicht erworbenen Legats eintrat (§ 145). Das kaduke Legat unterlag gleichfalls der *caducorum vindicatio*, jedoch mit der Modifikation, daß unter den *patres, qui in eo testamento liberos habent*, nach der *lex Papia* der *collegatarius coniunctus* den Vorzug selbst vor den Erben hatte (§ 145).

II. Das *legatum per damnationem*. Es wurde angeordnet mit den Worten: *heres meus damnas esto L. Titio centum dare* oder *heres meus G. Seio fundum Cornelianum dato*. Die Wirkung dieses Legats ist, der Wortformel entsprechend, die Entstehung einer *obligatio quasi ex contractu* zwischen dem Erben als Schuldner und dem Legatar als Gläubiger (§ 91). Folgeweise konnte durch dieses Legat alles vermacht werden, was überhaupt Gegenstand einer Obligation sein kann, also alles Mögliche, nicht bloß schon existierende, sondern auch erst zukünftige Sachen, nicht bloß Sachen des Erben, sondern auch fremde Sachen, in welchem Falle der Erbe verpflichtet war, selbe anzuschaffen und zu leisten, beziehungsweise wenn dies nicht tunlich sein sollte dem Legatar die *aestimatio* zu zahlen. Die dem Legatar aus dem Damnationslegat zustehende Klage ist die *actio ex testamento*, je nach der Beschaffenheit des Gegenstandes *certa* oder *incerta*; als *certa* gehörte sie zu den *actiones quae infitiando crescunt in duplum*. Waren *per damnationem* vertretbare Sachen legiert, so konnte die Obligation auch durch *solutio per aes et libram* aufgehoben werden (§ 103). War eine Sache, Summe usw. *per damnationem* Mehreren legiert, und zwar *coniunctim (L. Titio et Seio centum* oder *fundum Cornelianum heres meus dato)*, so hatte jeder Legatar nur den nach Zahl der Kollegatare sich ergebenden Teil zu fordern; war eine Sache oder Summe dagegen Mehreren *disiunctim* legiert *(L. Titio heres meus hominem Stichum dato; eundem Stichum Maevio dato)*, so schuldete der Erbe jedem das Ganze, und zwar so, daß er dem einen die Sache, dem andern den Wert derselben leisten mußte. Akkreszenz fand beim Damnationslegat nicht statt, erwarb ein Legatar nicht, so hatte der Erbe den Vorteil, da er das Bezügliche nicht zu leisten brauchte. Nach dem Julisch-Papischen Gesetz trat aber auch hier Kaduzität wieder mit dem bereits erwähnten Vorrang des *collegatarius coniunctus* ein.

III. Das *legatum sinendi modo.* Selbes wurde angeordnet mit den Worten: *heres meus damnas esto sinere L. Titium illam rem (fundum Cornelianum, hominem Stichum), sumere sibique habere.* Es war ein eingeschränktes Damnationslegat, das nach Maßgabe der Wortformel den Erben nur verpflichtete, zu gestatten, daß sich der Legatar die vermachte Sache nehme und selbe für sich behalte. Folgeweise konnte es nur betreffs solcher Sachen angeordnet werden, welche zur Zeit des Todes des Testators entweder diesem oder dem belasteten Erben gehörten, da betreffs anderer Sachen über welche der Erbe keine Verfügung hat, das Gestatten desselben keinen Sinn hätte. Die Klage des Legatars war auch hier die vorerwähnte *actio ex testamento,* und zwar immer als *incerta.* Übrigens war bezüglich dieser Legatsart zwischen den römischen Juristen manches streitig. Die, wie es scheint, herrschende Ansicht legte obiger Wortformel nur für den gegenständlichen Umfang des Legates, nicht aber auch für den Charakter der Verpflichtung des Erben maßgebende Bedeutung bei und nahm infolge dessen an, daß der Erbe auch hier wie beim Damnationslegat verpflichtet sei, das Eigentum der *sinendi modo* vermachten Sachen durch *mancipatio, in iure cessio* oder *traditio* zu übertragen, während Andere, wahrscheinlich die Minderheit, im Anschluß an die Wortform solche positive Pflicht des Erben leugneten und ihm nur die negative Verpflichtung auferlegten, zu dulden *(sinere),* daß sich der Legatar die Sache *animo rem sibi habendi* nehme. Zu mehr sei der Erbe nicht verpflichtet. Sei daher eine und dieselbe Sache Mehreren *coniunctim* legiert, so können sie die Sache nur zusammen nehmen, sei sie ihnen dagegen *disiunctim* legiert, so könne sie zwar jeder allein nehmen, habe sie aber einer genommen, so erlösche jede Verpflichtung des Erben, dieser sei jetzt frei und brauche den Übrigen nichts mehr zu leisten, weil er jetzt *neque habet rem, ut patiatur eam ab eo sumi, neque dolo malo fecit quominus haberet.* Die, wie es scheint, herrschende Ansicht folgte aber auch in diesem Punkt der Analogie des Damnationslegates und ließ den Erben im Falle eines disjunktiven *sinendi modo*-Legates jedem Legatar für das Ganze so haften, daß er Einem die Sache *in natura* leisten, den Übrigen die *aestimatio* zahlen mußte. Desgleichen hat nach dieser Ansicht wohl auch betreffs der Akkreszenz und Kaduzität beim *sinendi modo*-Legat das beim Damnationslegat Gesagte gegolten.

IV. Das *legatum per praeceptionem.* Angeordnet wurde es mit dem Worte *praecipito: L. Titius hominem Stichum praecipito.* Die Theorie dieses Legates war eine streitige. Die ältere, von den Sabinianern festgehaltene Ansicht ging dahin, daß es nur einem Miterben *(heres ex parte),* nicht auch einem *extraneus* hinterlassen werden könne. Das *praecipito* bedeute soviel wie Zuweisung eines *praecipuum,* der Sinn des Legats sei daher der, daß der Legatar dadurch etwas „voraus" bekommen solle, was nur bei dem eintreten könne, der bereits *aliqua ex parte heres* sei,

indem dieser jetzt außer seiner Erbquote noch auf Kosten der Miterben das Legat erhalte. Als solches Vorausvermächtnis (Prälegat) zugunsten eines Miterben könne es nur gelegentlich der Erbteilung durch die *actio familiae erciscundae* realisiert und nur betreffs erbschaftlicher Sachen angeordnet werden.*) Die neuere von den Prokulianern aufgestellte Lehre sieht dagegen in dem Präzeptionslegat nur eine Abart des Vindikationslegates. Denn verfüge der Testator: *L. Titius hominem Stichum praecipito,* so sei dies *supervacua adiecta syllaba „prae"* gerade so viel, als wenn er gesagt hätte: *L. Titius hominem Stichum capito,* wodurch zweifellos ein Vindikationslegat angeordnet würde. Folgeweise könne auch das Präzeptionslegat wie jede andere Art des Vindikationslegates nicht bloß einem Miterben, sondern auch einem Nichterben *(extraneus)* hinterlassen werden, habe dingliche Wirkung und könne durch *vindicatio* geltend gemacht werden. Wurde eine Sache *per praeceptionem* Mehreren vermacht, *coniunctim* oder *disiunctim*, so erhalten sie, falls Alle erwerben, nach Sabinianischer wie Prokulianischer Lehre entsprechende *partes*. Fällt Einer aus, so gilt nach Prokulianischer Lehre bezüglich der Akkreszenz und Kaduzität das unter I. Gesagte; wie es sich in solchem Falle nach Sabinianischer Lehre verhielt, muß hier dahingestellt bleiben.

Hatte der Testator sich in der Auswahl der Legatsform vergriffen, hatte er z. B. eine fremde Sache *per vindicationem*, eine weder ihm noch dem Erben gehörige Sache *sinendi modo* usw. legiert, so war jede solche Verfügung mangels gehöriger Form nichtig. Diese Strenge wurde durch ein Senatuskonsult aus der Zeit Neros *(S. C. Neronianum)* dahin gemildert, daß solche Legate, welche in einer im konkreten Falle nicht passenden Form angeordnet waren, so behandelt werden sollten, als wenn sie *per damnationem* hinterlassen worden wären. Sie gelten daher als Damnationslegate und können wie diese mit der *actio ex testamento* geltend gemacht werden. Seitdem gab man diese Klage als *incerta* auch auf Grund eines giltigen Vindikationslegates neben der *vindicatio*.

Ungiltig ohne Rücksicht auf die gewählte Form sind nach klassischem Recht:

1. *Legata post mortem heredis (cum heres meus mortuus erit do lego* oder *heres post mortem suam dato).* Dagegen war zulässig das Legat *cum morietur heres do lego* oder *dato.*

---

*) Präzeptionslegat und Prälegat sind auch nach Sabinianischer Lehre nicht identisch; zwar ist danach jedes Präzeptionslegat ein Prälegat, aber nicht umgekehrt, da ein Prälegat nicht nur *per praeceptionem*, sondern auch in anderer Form hinterlassen werden konnte. Präzeptionslegat ist ein formeller, Prälegat ein materieller Begriff. Wir verstehen nämlich darunter jedes Legat, welches der Erbschaft (also allen Erben) zu Gunsten eines Miterben auferlegt ist. Zum Teil lastet es daher auch auf dem Erbteil des Prälegatars, insoweit ist es ungiltig, *heredi a semet ipso legari non potest.* Den bezüglichen Teil der legierten Sache, den er sich selbst zu leisten hätte, hat er *iure hereditario*, nicht *iure legati.*

2. *Legata poenae nomine relicta.* Das Legat ist eine liberale, der Schenkung verwandte Zuwendung, durch welche der Testator seiner Zuneigung zum Legatar Ausdruck gibt, deshalb sollte es nicht als Straf- und Zwangsmittel gegen die Erben verwendet werden, was der Fall ist, wenn es nicht aus Gunst gegen den Legatar, sondern nur aus Ungunst gegen den Erben *(heredis coërcendi causa)* hinterlassen wird, z. B. *si heres meus filiam suam Titio in matrimonium collocaverit Seio X milia dato.* Endlich

3. Legate die ungiltig wären, wenn der Testor sofort nach Vollendung des Testaments verstorben sein würde, bleiben ungiltig, sollte er auch später verstorben sein *(regula Catoniana).* Hat der Testator z. B. dem Legatar eine Sache vermacht, welche diesem zur Zeit der Testamentserrichtung schon gehört, so ist das Legat ungiltig, *quia quod proprium ipsius (legatarii) est, amplius eius fieri non potest,* und bleibt auch ungiltig, wenn der Legatar diese Sache später veräußern sollte. Auf bedingte Legate hat die *regula Catoniana* keine Anwendung.

§ 150.

Das Fideikommiß.

Gai. II, 260—284; Ulp. XXV; J. *de fideic. her,* II, 23; *de codicill.* II, 25, Bruns. p. 279.

Neben die Legate tritt in der Kaiserzeit das Fideikommiß. Dasselbe ist dem Mandat verwandt und besteht in einer entweder schon unter Lebenden ausgesprochenen und angenommenen, oder bloß letztwillig erklärten Bitte des Erblassers, einem Dritten etwas zuzuwenden. Bitten und Wünsche der Art waren ursprünglich nicht rechtsverbindlich, ihre Erfüllung war lediglich der *fides* des Gebetenen (Fiduziars) anvertraut, weshalb sie passend als *fideicommissa* bezeichnet wurden. Solche nur durch die *fides* geschützte Fideikommisse kommen schon zur Zeit der Republik vor, unter Augustus erlangen sie dann auch Rechtsverbindlichkeit. Nicht nur daß er selbst die ihm auferlegten Fideikommisse erfüllte (welchem Beispiele Viele folgten), wies er vorkommendenfalls auch wiederholt die Konsuln an, Fiduziare zur Erfüllung der Ihnen auferlegten Fideikommisse zu verhalten. Später wurde solcher Auftrag den Konsuln generell für die Dauer ihres Amtes erteilt, bis endlich unter Claudius eine ständige Spezialjurisdiktion für Fideikommisse geschaffen wurde, welche in Rom zwei *praetores fideicommissarii,* in den Provinzen dagegen den Statthaltern übertragen wurde. Hiemit war das Fideikommiß zu einem Rechtsinstitut geworden. Seitdem gibt es zwei Arten der Vermächtnisse: neben den formellen Legaten des alten *ius civile* das dem Kaiserrecht angehörige freiere Fideikommiß.*)

*) Eine Anwendung des Fideikommisses ist die bereits im § 28 (I. *A.* 3.) behandelte *fideicommissaria libertas,* im Gegensatz zur *manumissio testamento,* welche dem Legat parallel ist.

I. Wer fähig ist, ein Testament zu machen (§ 128), ist auch fähig, ein Fideikommiß anzuordnen. — Ursprünglich konnte ein solches nicht nur einem Erbfähigen (§ 142), sondern auch solchen Personen hinterlassen werden, die, wie Peregrinen und *personae incertae*, nicht einsetzungsfähig waren; erst ein durch eine *oratio D. Hadriani* veranlaßtes Senatuskonsult hat dies verboten, indem es zugleich bestimmte, daß das einem Peregrinen hinterlassene Fideikommiß dem Fiskus zufallen, das der *persona incerta* zugedachte dagegen ungiltig sein solle. Auch die Bestimmungen über Inkapazität galten für Fideikommisse anfänglich nicht, daher konnten *coelibes, orbi* und *Latini Iuniani* das ganze ihnen zugedachte Fideikommiß erwerben, bis das *S. C. Pegasianum* (aus der Zeit Vespasians) *coelibes* und *orbi* auch betreffs der Fideikommisse den Beschränkungen der *lex Iulia et Papia Poppaea* unterwarf, während die *Latini Iuniani*, welche weder eine testamentarische Erbschaft, noch ein Legat erwerben konnten, bezüglich der Fideikommisse die *capacitas* behielten. Übernahm es Jemand, *in fraudem* der vorerwähnten Bestimmungen *non capienti* ein Fideikommiß zu restituieren *(fideicommissum tacitum)*, so sollte er nach dem *S. C. Plancianum* die ihm sonst zustehende *caducorum vindicatio* und das Recht des Abzugs der Falzidischen Quart (§ 152) verlieren. — Belastet mit einem Fideikommiß konnte jeder werden, der irgend etwas durch den Testator von Todes wegen erhielt *(dum ei datur vel dum ei non adimitur)*, also nicht bloß der Testamentserbe, sondern auch der Intestaterbe, außerdem aber auch der Legatar und Fideikommissar, der *mortis causa* Beschenkte, desgleichen die Erben der genannten Personen, ebenso der Gewalthaber der durch Vermittlung seines Sklaven oder Hauskindes nach dem Testator einen Erwerb von Todes wegen macht. Da das Fideikommiß auch einem Vermächtnisnehmer auferlegt werden konnte, so konnte im Wege des Fideikommisses auch verfügt werden, daß das vermachte Objekt nach einer gewissen Zeit oder nach dem Tode des ersten Vermächtnisnehmers (Legatars oder Fideikommissars) an einen zweiten, dann an einen dritten usw. übergehen solle, ohne daß diese Bedachten bereits zur Zeit des Todes des Erblassers *in rerum natura* sein müssen (§ 124). Infolgedessen kann durch ein Fideikommiß für künftige Generationen vorgesorgt werden; ein Anwendungsfall der Art ist das Familienfideikommiß, d. i. die Bestimmung, daß das vermachte Objekt bei einer bestimmten Familie verbleiben solle. Endlich konnten Fideikommisse zwar *post mortem heredis*, aber nicht *poenae nomine* angeordnet werden.

II. Die Anordnung eines Fideikommisses setzt ein Testament nicht voraus, es kann nicht bloß im Testament, sondern auch außerhalb desselben, und zwar neben einem Testament oder auch ohne solches angeordnet werden. Beobachtung einer Form, Gebrauch der lateinischen Sprache oder bestimmter Worte ist nicht vorgeschrieben; herkömmlich, aber nicht notwendig, waren *verba precativa (rogo, fideicommitto, peto, volo)*, doch konnte

ein Fideikommiß auch bloß stillschweigend *(nutu)* hinterlassen werden. Ebensowenig wurde Schriftlichkeit gefordert, doch war schriftliche Anordnung von Fideikommissen begreiflicherweise sehr gewöhnlich. Sie erfolgte (sofern sie nicht im Testament geschah) von jeher durch einen formlosen Brief *(codicilli, codicillus)* an den Fiduziar, welcher die Verfügung des Erblassers enthielt. Je nachdem solche *codicilli* neben einem Testament oder ohne solches vorkommen, unterscheidet man testamentarische und Intestat-Kodille. Die ersteren gelten rechtlich als Teile des Testaments *et ex eo vires capiunt,* weshalb sie mit der Destituierung des Testaments auch hinfällig werden. Solche testamentarische Kodizille sind entweder im Testament *(in futurum* oder *in praeteritum)* bestätigt oder nicht, danach teilt man sie *in codicilli testamento confirmati* und *non confirmati.* Dieser Unterschied ist insofern bedeutungsvoll, als in den *codicilli testamento confirmati* auch Legate, Manumissionen und Vormundschaftsbestellungen, niemals aber Erbeseinsetzungen, vorkommen konnten. Der Erblasser kann mehrere nebeneinander geltende Kodizille errichten; ein später errichtetes Kodizill (ebenso ein später errichtetes Testament) hebt das frühere Kodizill nicht kraft Rechtsnotwendigkeit, sondern nur kraft des Willens des Erblassers auf. Fehlt es an diesem Aufhebungswillen, so gelten sie nebeneinander, es wäre denn, daß sie inhaltlich unvereinbar sind, in welchem Falle die neuere Verfügung gilt. Endlich kann der Erblasser dem Testament für den Fall seiner Ungiltigkeit durch eine besondere Klausel *(clausula codicillaris)* die Bedeutung eines Kodizills sichern. Auf Grund solcher Klausel gilt dann der Akt, der als Testament ungiltig ist oder wird (sofern er den Erfordernissen des Kodizills genügt), doch als Kodizill; es tritt mangels eines Testaments Intestaterbfolge ein, nur haben die Erben jetzt den Inhalt des früheren Testaments als Fideikommiß auszuführen.

III. Jedes Fideikommiß muß sich innerhalb der Grenzen dessen halten, was dem Belasteten (Fiduziar) durch den Erblasser *mortis causa* zugekommen ist. Den Wert dieser Zuwendung darf das Fideikommiß nicht übersteigen, widrigens ist es bezüglich des *plus* ungiltig. Die Rechtswirkung des Fideikommisses ist die Entstehung einer Obligation zwischen dem Belasteten (Fiduziar) und dem Bedachten (Fideikommissar). Folgeweise kann, da der Anordnungsmodus keine Einschränkung herbeiführt, wie durch das Damnationslegat, so auch *per fideicommissum* Alles vermacht werden, was überhaupt geschuldet werden kann, nicht bloß eine Sache des Erblassers, sondern auch Sachen des Belasteten, weiters auch fremde Sachen, in welchem Falle der Fiduziar die Sache anschaffen und leisten, beziehungsweise den Schätzungswert derselben zahlen muß. Die gerichtliche Geltendmachung des Fideikommisses erfolgt nicht durch *actio* in den Formen des ordentlichen Zivilprozesses, sondern *extra ordinem (extraordinaria cognitio)* durch *fideicommissi persecutio.* Ist eine Sache durch Fideikommiß Mehreren vermacht, so hat, je nachdem es ihnen *coniunctim* oder *disiunctim* hinter-

lassen ist, jeder einen Teil, beziehungsweise das Ganze zu fordern, fällt einer aus, so findet wie beim Damnationslegat keine Akkreszenz statt.

§ 151.

Ausgleichung der Legate und Fideikommisse.

l. 1. D. *de leg.* I; J. *de leg.* II, 20.

Der Umstand, daß das Fideikommiß ein Rechtsinstitut geworden ist, brachte es, wie wir gesehen haben (§ 150), mit sich, daß gewisse Beschränkungen, die bisher nur für Legate Geltung gehabt hatten, allmählich auch auf die neue Vermächtnisart des Fideikommisses erstreckt worden sind. Trotzdem blieb aber zwischen Legaten und Fideikommissen im klassischen Recht, abgesehen von anderen (§ 150), immer der Hauptunterschied, daß für die *legata*, welche *verbis civilibus* angeordnet wurden, der *rigor iuris* galt, während für die formlosen Fideikommisse die *voluntas* des Erblassers das Maßgebende war. Wie auf anderen Rechtsgebieten hat aber auch hier die freiere Institution schließlich den Sieg davongetragen. Die alten Legatsformen hatten sich überlebt, demgemäß verordneten schon Konstantin, Constantius und Constans, daß auch für die Legate *necessaria non sit verborum observantia. Legatum* war von jetzt an das Vermächtnis, welches dem Testamentserben auferlegt war, jedes andere war Fideikommiß. Ein innerer Grund, die Vermächtnisse nach diesem Gesichtspunkt verschieden zu behandeln, war nicht vorhanden; deshalb nahm Justinian schon 529 eine Ausgleichung der Rechtswirkungen der Legate und Fideikommisse vor, indem er bestimmte:

1. Jedes Legat und jedes Fideikommiß erzeugt jetzt immer eine *obligatio quasi ex contractu*, welche durch eine *actio in personam* geltend gemacht und in ihrem Erfolg durch ein gesetzliches Pfandrecht gesichert wird, das sich auf Alles bezieht, was dem Belasteten aus der Erbschaft zugekommen ist.

2. Daneben tritt bei Legaten, wie bei Fideikommissen, auch noch unmittelbarer dinglicher, durch *actio in rem* (*rei vindicatio* usw.) verfolgbarer Rechtserwerb (Eigentums-Servituten-Erwerb usw., §§ 55, 63) ein, aber nur dann, wenn sich das Vermächtnis auf solche Objekte bezieht, die dem Erblasser zur Zeit seines Todes gehörten.

Im Jahre 531 wurde sodann der Unterschied zwischen Legaten und Fideikommissen ganz beseitigt, was in den Digesten in den dem Ulpian in den Mund gelegten Worten zum Ausdruck kommt: *per omnia exaequata sunt legata fideicommissis.* Seitdem ist jedes Vermächtnis Legat und Fideikommiß zugleich, so daß für dasselbe sowohl Legats- wie Fideikommiß-Grundsätze, und zwar stets die ihm günstigeren gelten. Im Jahre 534 endlich wurde auch bezüglich der Vermächtnisse die Kaduzität beseitigt und bei der Gelegenheit bestimmt, daß zwischen Vermächtnisnehmern, falls ihnen

ein und dasselbe Objekt hinterlassen ist (mit a. W. wenn sie *re coniuncti* sind), stets Akkreszenz eintreten solle. Daß Vermächtnisse auch *poenae nomine* angeordnet werden können, hatte Justinian schon 528 bestimmt. Dagegen hat er die *regula Catoniana* durch Aufnahme in die Pandekten aufrecht erhalten.

Betreffs der Anordnung von Vermächtnissen gelten jetzt die Grundsätze der Fideikommisse als die günstigeren. Doch können Kodizille nur mehr mit Beobachtung einer bestimmten, nach dem Vorgange Konstantins und Theodosius II. durch Justinian festgestellten Form errichtet werden. Kodizill ist jetzt überhaupt jeder letzte Wille, der keine Erbeseinsetzung enthält, er mag schriftlich oder bloß mündlich errichtet sein *(codicilli in scriptis* und *sine scriptis)*. Zu jedem Kodizill ist jetzt die Zuziehung von fünf Zeugen notwendig, welche beim schriftlichen Kodizill dasselbe zu fertigen haben. Außerdem ist auch Festhaltung der *unitas actus* (§ 130) gefordert.

§ 152.

Gesetzliche Beschränkungen der Vermächtnisse.

Gai. II, 224—228; J. *de leg. Falc.* II, 22.

I. Legate werden auf Kosten der Erbschaft, nicht auf Kosten der Erben gegeben. Daher konnte der Testator durch Legate überhaupt niemals mehr zuwenden, als die reine Erbschaft, d. i. nach Abzug der Passiven, beträgt. Eine andere Beschränkung bestand ursprünglich nicht, so daß der Testator die ganze reine Erbschaft durch Legate vergeben konnte. Wenn das geschah, blieb dem Erben nichts als das *inane nomen heredis*, so daß er es vorziehen mochte, sich der Erbschaft ganz zu enthalten. Um solcher Destituierung des Testaments (welche ja auch Ungiltigkeit aller Vermächtnisse zur Folge hatte) vorzubeugen, wurde die in den XII Tafeln gegründete Legatsfreiheit gesetzlich beschränkt. Dem Erben sollte wenigstens etwas von der Erbschaft verbleiben, damit er die Erbschaft antrete und der Wille des Erblassers zur Durchführung komme. Die bezüglichen Gesetze sind folgende.

A. Die *lex Furia testamentaria* aus der zweiten Hälfte des sechsten Jahrhunderts d. St., dritten Jahrhunderts v. Chr., welche bestimmte, daß Niemand mehr als 1000 As infolge eines Legats oder einer andern Zuwendung von Todes wegen annehmen *(capere)* dürfe. Höhere Legate waren trotzdem giltig, wurden auch erworben, nur war der Legatar, der das erworbene *plus* annahm oder geltend machte, zufolge dieser *lex minus quam perfecta* (§ 7) einer Strafklage des Erben auf das Vierfache des *plus* ausgesetzt. Befreit von den Beschränkungen dieses Gesetzes waren die Kognaten des Testators bis zum sechsten Grad, vom siebenten Grad noch die *sobrino, sobrina nati.*

B. Die Bestimmungen der *lex Furia* waren unpraktisch, einerseits beschränkten sie die Höhe der erlaubten Zuwendungen allzusehr, anderseits konnte der Testator trotz derselben doch das ganze reine Vermögen durch Legate vergeben, er brauchte nur die Vorsicht zu beobachten, durchaus Legate nicht über 1000 As anzuordnen. Deshalb verfügte die *lex Voconia* aus dem Jahre 585 d. St., 169 v. Chr. — dasselbe Gesetz, welches bestimmte, daß Frauenspersonen im Testament eines Bürgers erster Klasse nicht zu Erben eingesetzt werden können — daß Niemand *legatorum nomine mortisve causa* mehr erwerben *(capere)* dürfe, als der eingesetzte Erbe beziehungsweise, wenn Mehrere eingesetzt sind, die Gesamtheit der Erben erhält. (Hat er mehr erworben, so fiel das *plus* wahrscheinlich als *caducum* an das Ärar.)

C. Auch das reichte nicht aus, da ja auch nach diesem Gesetz Legate so angeordnet werden konnten, daß dem Erben so wenig verblieb, *ut non expediret (ei) huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.* Deswegen traf die *lex Falcidia* (ein Plebiszit aus dem Jahre 714 d. St., 40 v. Chr.) die Bestimmung, daß der Testator Legate nur in dem Maß anordnen dürfe, daß dem Erben wenigstens der vierte Teil *(ne minus quam pars quarta hereditatis)* der reinen Erbschaft verbleibe. Folgeweise kann der Testator höchstens nur drei Viertel *(dodrans)* der reinen Erbschaft durch Legate vergeben. Hat er mehr vergeben, so sind alle Legate bezüglich des diese Grenze übersteigenden Betrages nichtig *(lex perfecta)* beziehungsweise erleiden kraft des Gesetzes eine verhältnismäßige Minderung. Bei der Berechnung der *quarta Falcidia* welche dem Erben verbleiben soll, wird der Stand des Vermögens zur Zeit des Todes des Testators zu Grunde gelegt. Davon werden die Erbschaftsschulden, die Begräbniskosten und der Wert der freigelassenen Sklaven in Abzug gebracht und der sich so ergebende Betrag der reinen Erbschaft mit den angeordneten Legaten verglichen, woraus sich ergibt, ob und inwieweit die dem Erben gebührende *quarta Falcidia* verletzt ist, beziehungsweise ob und inwieweit eine Schmälerung der Legate eintritt. In die *quarta* wird alles eingerechnet, was der Erbe *iure hereditario* hat. Sind Mehrere als Erben eingesetzt, so wird die Quart für jeden separat berechnet, indem jeder den vierten Teil seiner Erbquote frei behalten soll.

II. Auch Fideikommisse dürfen, wie wir gesehen haben (§ 150), die Höhe des dem Fiduziar *mortis causa* Zugekommenen, nicht übersteigen. Die vorstehenden Grundsätze der *lex Falcidia* bezogen sich aber auf sie zunächst nicht; trotz der *lex Falcidia* konnte daher der Testator doch die ganze Erbschaft durch Fideikommisse vergeben und überdies Legatare und Fideikommissare bis zum vollen Betrag der ihnen gemachten Zuwendung mit Fideikommissen belasten. Spätere Vorschriften unterwarfen aber auch die Fideikommisse der *lex Falcidia,* so daß auch betreffs dieser vorerst (nach dem *S. C. Pegasianum*) die Testamentserben, später (nach einer Verordnung des Antoninus Pius) auch die Intestaterben das Recht des

Abzugs der Falzidischen Quart erhielten. Andere Fiduziare haben dieses Recht nicht, können daher bis zur Erschöpfung der ihnen gemachten Zuwendung belastet werden. Die Bestimmungen der *lex Falcidia* sind ins Justinianische Recht übergegangen. Doch ist seit der Nov. 1 das Recht der *Falcidia* nicht mehr, wie bisher, *ius cogens*, sondern kann durch Verfügung des Erblassers ausgeschlossen werden.

§ 153.

Der Erwerb der Vermächtnisse.

Ulp. XXIV, 31; Gai. II, 195, 200; l. 5. § 7. l. 21. pr. D. *quando dies leg.* XXXVI, 2; l. 32. pr. D. *de leg.* II.

Der Erwerb des Vermächtnisses (Legats oder Fideikommisses) tritt niemals bei Lebzeiten des Erblassers ein, sondern setzt den Tod desselben voraus. Ist das Vermächtnis giltig angeordnet und ist es später nicht aus irgend einem Grunde ungiltig geworden (z. B. durch Widerruf, durch Destituierung des Testaments usw.), so vollzieht sich der Erwerb desselben in folgenden zwei Zeitpunkten:

A. Der eine Zeitpunkt ist der *dies cedens legati vel fideicommissi.* Dieser tritt regelmäßig mit dem Tode des Erblassers (nach der *lex Papia Poppaea* mit der Eröffnung des Testaments), wenn das Vermächtnis jedoch ein bedingtes ist, erst mit der Erfüllung der Bedingung ein. Diesen *dies cedens* muß der Vermächtnisnehmer erleben, stirbt er früher, so wird dadurch das Vermächtnis hinfällig, stirbt er später, so bleibt es aufrecht und geht auf seine Erben über. Ist das Vermächtnis einem Sklaven oder einem Hauskind hinterlassen, so wird es nach klassischem Recht von dem erworben, in dessen *potestas* sich Sklave oder Hauskind *die cedente* befinden.

B. Der zweite Zeitpunkt ist der Erwerb der Erbschaft durch den Erben, und zwar durch den Testamentserben, wenn das Vermächtnis im Testament oder testamentarischen Kodizill angeordnet ist, durch den Intestaterben, sofern es in einem Intestatkodizill hinterlassen ist. Inwiefern durch die Sukzession des Fiskus in die *bona vacantia* Vermächtnisse aufrecht erhalten werden, haben wir bereits im § 147 gesehen.

1. Mit dem Erwerb der Erbschaft durch den Erben ist der Erwerb des Vermächtnisses vollendet; hiemit entsteht für den Vermächtnisnehmer das Recht, das wir früher je nach der Beschaffenheit des Vermächtnisses als Rechtswirkung desselben kennen gelernt haben (§§ 149, 150, 151); der Vermächtnisnehmer wird hiemit Eigentümer (§ 55), Servitutsberechtigter (§ 63), Gläubiger (§ 91). Ist der Vermächtnisnehmer jetzt nicht mehr am Leben, so tritt diese Rechtswirkung (wenn er nur den *dies cedens* erlebt hatte) unmittelbar in der Person seiner Erben ein. Das Gleiche gilt betreffs dessen, der zu Zeit des *dies cedens* sein Gewalthaber war.

2. Regelmäßig ist mit der erwähnten Vollendung des Erwerbes das Vermächtnis auch fällig und kann mittelst der daraus resultierenden Klage sofort geltend gemacht werden *(dies veniens legati vel fideicommissi)*. Davon tritt aber dann eine Ausnahme ein, wenn dem Vermächtnis ein *dies a quo* beigesetzt ist; zwar entsteht obige Rechtswirkung auch dann schon mit dem Erbschaftserwerb, kann aber vor Ablauf des *dies* nicht klagweise geltend gemacht werden, so daß in solchem Falle nur die Fälligkeit *(dies veniens)* des Vermächtnisses hinausgeschoben ist.

3. Der Erwerb des Vermächtnisses setzt eine Annahmeerklärung oder Erwerbsbehandlung des Vermächtnisnehmers nicht voraus, er erfolgt vielmehr *ipso iure* mit dem Erbschaftserwerb, tritt also auch ohneweiters zugunsten eines Handlungsunfähigen sowie dessen ein, der von dem ihm hinterlassenen Vermächtnis gar nichts weiß. Doch kann der Vermächtnisnehmer das *ipso iure* erworbene Vermächtnis durch *repudiatio* ablehnen. Diese Ablehnung ist ein Willensakt (ein einseitiges Rechtsgeschäft) und setzt, da es sich um das Aufgeben eines Rechtes handelt, volle Handlungsfähigkeit (auf Seite des Pupillen *auctoritas tutoris*) voraus. Durch sie wird der bereits vollendete Vermächtniserwerb rückgängig, und zwar so, als wäre er niemals eingetreten. Ist also z. B. der Vermächtnisnehmer kraft des Vermächtnisses *ipso iure* Eigentümer geworden, so erlischt mit der *repudiatio* von selbst sein Eigentum, die Sache steht jetzt *ipso iure* im Eigentum des Erben, so als hätte sie dem Vermächtnisnehmer niemals gehört. Dieser geschilderte *ipso iure*-Erwerb des Vermächtnisses beruht auf der Lehre der Sabinianer, während die Prokulianer wenigstens beim Vindikationslegat zum Erwerb des Vermächtnisses den positiven Annahmewillen des Legatars verlangten.*) Obwohl ihre Auffassung zufolge einer Konstitution des Antoninus Pius zur Zeit des Gaius die Oberhand hatte, ist später doch die Sabinianische Lehre wieder durchgedrungen und auch ins Justinianische Recht aufgenommen worden. Handelt es sich um das Vermächtnis einer Personalservitut, so fällt wegen der Unvererblichkeit derselben der *dies cedens* mit dem Erwerb der Erbschaft durch den Erben zusammen. Folgeweise muß der Vermächtnisnehmer diesen erleben.

§ 154.

Erbschaftsvermächtnisse.

Gai. II, 254; Ulp. XXIV, 25; XXV, 15; l. 164, § 1. D. *d. V. S.* L. 16; l. 22, § 5. D. *ad S. C. Trebell.* XXXVI, 1; l. 26, § 2. l. 27, l. 104, § 7. D. *de leg.* I.; Gai. II, 247—259; 268—288; Ulp. XXV, 14—16; J. *de fideic. her.* II, 23; l. 65. pr. D. *ad S. C. Trebell.* XXXVI, 1.

Gegenstand eines Vermächtnisses können nicht bloß einzelne Vermögensobjekte, sondern auch die ganze Erbschaft oder Quoten derselben sein.

*) Bis zur Abgabe dieser Erklärung galt ihnen die *per vindicationem* legierte Sache als ohne Eigentümer *(nullius interim eam rem esse)*, d. h. sie gehörte weder dem Erben,

I. Die älteste Art eines solchen Erbschaftsvermächtnisses ist das *legatum partitionis* oder die *partitio*. Beispielsweise lautete ein solches Legat: *heres meus cum Titio hereditatem meam partitor, dividito;* dann umfaßt es die Hälfte der Erbschaft, doch kann es auch eine größere *(maximam partem)* oder geringere Quote *(pars bonorum)*, niemals aber die ganze Erbschaft zum Gegenstand haben. Zufolge der *partitio legata* wird der Legatar *(legatarius partiarius)* nicht Universalsukzessor, sondern nur Singularsukzessor, Universalsukzessor ist und bleibt der Erbe, der nur obligatorisch verpflichtet ist, die legierte Quote der reinen Erbschaft dem Legatar herauszugeben, welcher diesfalls gegen ihn die *actio ex testamento* anstellen kann. Das Ganze erscheint nur als eine auf *partitio, divisio* gerichtete Abart des Damnationslegates. Das Legat begründet obiger Formel gemäß nur eine Teilungsverpflichtung des Erben dem Legatar gegenüber, betreffs deren Erfüllung folgendes zu bemerken ist.

1. Für die Passiven haftet den Erbschaftsgläubigern gegenüber nach wie vor nur der Erbe. Deshalb behält er als Deckung und Zahlungsfond einen den bekannten Passiven entsprechenden Betrag der Aktiven zurück und gibt nur vom Überschuß, d. i. von der reinen Erbschaft, die legierte *pars* an den Legatar nach Sabinianischer Lehre dadurch heraus, daß er ihm die *aestimatio* derselben leistet. Doch darf der Erbe, wenn er will, statt der *aestimatio* auch *rerum partes* leisten, aber nur dann, wenn die bezüglichen Objekte *sine damno* teilbar sind. Diese Naturalleistung wird je nach der Beschaffenheit der Objekte durch *mancipatio, traditio,* Zession usw. vollzogen.

2. Außerdem muß aber bei Vornahme der *partitio* auch für den Fall vorgesorgt werden, daß nachträglich noch weitere Aktiven oder Passiven als zur Erbschaft gehörig hervorkommen sollten, die dann auch der *partitio* zu unterziehen sind. Die Erfüllung dieser Verpflichtung wird gesichert durch zwei gelegentlich der Teilung geschlossene Gegenstipulationen, die als *stipulationes partis et pro parte* bezeichnet werden.

a) Durch die *stipulatio partis* verpflichtet sich der Erbe, etwa später hervorkommende Aktiven nach Maßgabe des Legates mit dem Legatar zu teilen; während

b) durch die *stipulatio pro parte* sich wieder der Legatar dem Erben verpflichtet, demselben im Falle des Hervorkommens weiterer Passiven dafür entsprechende Deckung zu leisten.

Auch das Partitionslegat unterlag der *lex Falcidia*. Bezüglich der Akkreszenz und Kaduzität galt wohl auch hier das Gleiche wie beim Damnationslegat.

---

noch dem Legatar. Dieses *pendens dominium* wurde durch die Erklärung des Legatars entschieden; nahm er das Legat an, so wurde er Eigentümer, und zwar als unmittelbarer Rechtsnachfolger des Testators, nahm er es nicht an, so war der Erbe Eigentümer, und zwar in unmittelbarem Anschluß an den Erblasser.

II. Seit den ersten Anfängen der Fideikommisse wurden selbe auch zur Anordnung von Erbschaftsvermächtnissen verwendet. Das Fideikommiß in dieser Anwendung ist das Universalfideikommiß *(fideicommissaria hereditas)*, welches die *partitio legata* allmählich verdrängt hat. Durch ein solches Fideikommiß wird dem Erben *(heres* oder *bonorum possessor)* aufgetragen, entweder die ganze Erbschaft oder eine Quote derselben sofort, oder nach einer gewissen Zeit, oder bei seinem Tode, oder erst nach seinem Tode *(cum heres meus mortuus sit volo hereditatem meam ad P. Maevium pertinere)* an einen Anderen, d. i. an den Universalfideikommissar, zu restituieren. Als Fideikommiß konnte es nicht nur einem Testaments- oder Intestaterben (auch dem Fiskus bezüglich der *bona vacantia*, § 147), sondern auch wieder einem Universalfideikommissar auferlegt werden. Betreffs der Anordnung, des Erwerbes und der gerichtlichen Geltendmachung, gelten auch für das Universalfideikommiß dei Grundsätze der Fideikommisse überhaupt (§§ 150, 153). Besonderer Hervorhebung bedarf hier nur folgendes:

A. Zunächst begründete das Universalfideikommiß keine Universalsukzession. Universalsukzessor blieb auch nach der Restitution der *hereditas* an den Fideikommissar nach wie vor der Erbe, dieser allein haftete den Erbschaftsgläubigern. Der Universalfideikommissar war vorerst nur Singularsukzessor; die Restitution der *hereditas* an ihn erfolgte nämlich in den Formen des Erbschaftsverkaufes. Der mit dem Fideikommiß belastete Fiduziar (Erbe usw.) verkaufte dem Universalfideikommissar *dicis causa* je nach Umfang des Fideikommisses die *hereditas* oder eine Quote derselben *nummo uno*, übertrug ihm daraufhin (ganz oder *pro parte)* Stück für Stück die zur Erbschaft gehörigen Sachen, zedierte ihm ebenso die Erbschaftsforderungen, und schloß mit ihm die beim Erbschaftsverkauf üblichen *stipulationes venditae et emptae hereditatis*. Durch die *stipulatio venditae hereditatis* ließ sich der Erbe, der mit der restituierten Erbschaft nichts mehr zu schaffen haben sollte, aber gleichwohl allein den Gläubigern und Vermächtnisnehmern haftete, vom Universalfideikommissar versprechen, daß dieser ihn den Gläubigern und Vermächtnisnehmern gegenüber defendieren *(recte defendere)* bezw. füs alles schadlos halten werde, was er etwa *hereditario nomine* leisten müsse; während sich durch die *stipulatio emptae hereditatis* wieder der Universalfideikommissar vom Erben versprechen ließ, daß dieser etwa später noch hervorkommende Aktiven dem Fideikommiß entsprechend an ihn abtreten, bezw. gestatten werde, daß er selbe *procuratorio nomine* (§ 101) eintreiben dürfe.

B. Eine wesentliche Änderung erfuhr die Stellung des Universalfideikommissars wie des Erben durch das *S. C. Trebellianum* aus der Zeit Neros (62 n. Chr.). Dadurch wurde bestimmt, daß sobald die *hereditas* vom Erben auf Grund des Fideikommisses dem Universalfideikommissar restituiert ist, alle Klagen, welche dem Erben oder gegen den Erben zustehen, jetzt als

actiones utiles dem Universalfideikommissar bezw. gegen diesen gewährt werden sollen. Dem entsprechend hat dann der Prätor in Ausführung des Senatuskonsults die Formeln für die dem Universalfideikommissar gewährte *hereditatis petitio utilis (fideicommissaria)*, sowie für die einzelnen dem Universalfideikommissar jetzt aktiv oder passiv zustehenden Singularklagen, im Edikt proponiert. Zufolge des *S. C. Trebellianum* hat der Fiduziar nach der Restitution der *hereditas* an den Universalfideikommissar nicht mehr die Stellung, sondern nur den Namen des *heres* (er behält bloß das Recht auf das Erbbegräbnis), die Erbenstellung an seiner statt, also *heredis loco*, hat jetzt nach Maßgabe des Fideikommisses nur mehr der Universalfideikommissar. Dieser ist jetzt statt des Erben Universalsukzessor des Erblassers, hat als solcher alle zum Nachlaß gehörigen *actiones* als *utiles* (folgeweise schreibt man ihm auch schon vor der Besitzergreifung der Erbschaftssachen gleich dem *bonorum possessor*, das bonitarische Eigentum derselben zu, § 44) und haftet anderseits aber auch statt des *heres* (mit Ausschluß desselben) den Erbschaftsgläubigern, welche die bezüglichen Klagen auch nur gegen ihn als *utiles* haben. Alles dies nach Maßgabe des Umfanges der in Gemäßheit des Fideikommisses erfolgten Restitution; ist ihm daher kraft des Fideikommisses die ganze Erbschaft restituiert, so ist er der alleinige Universalsukzessor, ist ihm nur eine Quote hinterlassen und restituiert, so ist er bloß betreffs dieser *heredis loco*, während betreffs der übrigen Quoten, auf die sich das Fideikommiß nicht bezieht, der *heres* dem Namen und der Sache nach Erbe bleibt, also insbesondere auch den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnisnehmern haftet. Die gleichen Grundsätze gelten dann, wenn der Universalfideikommissar die *hereditas* auf Grund eines ihm auferlegten Fideikommisses weiter restituiert. Sobald dies geschieht, hört er auf *heredis loco* Universalsukzessor des Erblassers zu sein, *heredis loco* ist für die Zukunft nur mehr der zweite Universalfideikommissar, dieser, nicht mehr der frühere, haftet jetzt den Gläubigern und Vermächtnisnehmern.

C. Durch das *S. C. Pegasianum* (75 n. Ch.) wurde dem Erben auch bezüglich der Universalfideikommisse das Recht des Abzugs der *quarta Falcidia* (§ 152) eingeräumt. Hiemit im Zusammenhang stehen folgende eingreifende Bestimmungen des Senatuskonsults, welche die Geltung des *S. C. Trebellianum* wesentlich einschränkten:

1. Beträgt das dem Erben auferlegte Universalfideikommiß nicht mehr als drei Viertel *(dodrans)* der Erbschaft, so daß ein Abzugsrecht des Erben gar nicht begründet ist, so erfolgt die Restitution des Universalfideikommisses auch fernerhin nach den Grundsätzen des *S. C. Trebellianum*, der Universalfideikommissar wird bezüglich der ihm restituierten Erbquote Universalsukzessor, während betreffs des Übrigen der Erbe Universalsukzessor bleibt.

2. Beträgt dagegen das dem Erben auferlegte Universalfideikommiß mehr als drei Viertel, so daß der Erbe bezüglich des Fideikommisses das

Recht auf Abzug der Falzidischen Quart hat, so wird jetzt die *hereditas* nicht mehr *ex Trebelliano,* sondern nach den Vorschriften des *S. C. Pegasianum* restituiert.*) Diese sind folgende:

a) Macht der Erbe von seinem Abzugsrecht Gebrauch, so erfolgt die Restitution der *hereditas* nach dem Muster der *partitio legata.* Der Universalfideikommissar wird nicht mehr Universal-, sondern nur Singular-Sukzessor; sein Verhältnis zum Erben wird durch die *stipulationes partis et pro parte* geregelt.

b) Macht der Erbe dagegen von dem Abzugsrecht keinen Gebrauch, restituiert er also das ihm auferlegte Universalfideikommiß freiwillig ungeschmälert, so richtet sich diese Restitution wieder nach dem Vorbild des Erbschaftsverkaufes und erfolgt unter Abschluß der *stipulationes venditae et emptae hereditatis.* Auch in diesem Falle wird daher der Universalfideikommissar nicht mehr Universalsukzessor.

3. Will endlich der mit dem Universalfideikommiß belastete Erbe die Erbschaft nicht antreten, so kann er behufs Aufrechthaltung des Fideikommisses über Verlangen des Fideikommissars vom Prätor zum Erbschaftsantritt gezwungen werden. Solch' erzwungener Erbschaftserwerb soll ihm jedoch weder Vorteil noch Nachteil bringen, folgeweise kann daraufhin einerseits der Fideikommissar immer Restitution des ganzen vom Erben Erworbenen (ohne daß dieser ein Recht des Abzugs der Quart hätte) verlangen, während dieser anderseits wieder über Verlangen des Erben stets auch das ganze von letzterem Erworbene übernehmen muß, sollte das Fideikommiß auch einen geringeren Teil betragen. Die Restitution der *hereditas* erfolgt hier immer nach den Grundsätzen des *S. C. Trebellianum (proinde atque si ex Trebelliano restituta esset),* so daß der Fideikommissar stets Universalsukzessor wird.

Ist ein Universalfideikommiß einem Universalfideikommissar auferlegt, so restituiert er die Erbschaft dem zweiten Universalfideikommissar in derselben Weise, wie sie ihm restituiert worden ist, also falls er selbst *ex Trebelliano* Universalsukzessor geworden ist, auch wieder nach den Grundsätzen des Trebellianischen Senatuskonsults, sonst *ex Pegasiano,* entweder nach dem Muster des Partitionslegats (2 *a*), oder nach dem Vorbild des Erbschaftsverkaufes (2 *b*). Das Recht auf Abzug der Falzidischen Quart hat er nicht, hat aber der Erbe seinerzeit ihm die Quart abgezogen, so können infolgedessen auch die ihm auferlegten Vermächtnisse, sofern sie jetzt den

*) Das *S. C. Trebellianum* setzt voraus, daß die Erbschaft im Umfang des vom Erblasser angeordneten Fideikommisses, also ungeschmälert, so wie es der Erblasser angeordnet hat, restituiert wird. Dies tritt nach der Erlassung des *S. C. Pegasianum* nur mehr im Falle 1, dagegen nicht mehr im Falle 2 ein, denn hier leistet der Fiduziar entweder weniger *(a),* als der Erblasser ihm aufgetragen hat, oder zwar soviel *(b),* aber doch nicht mehr kraft des Willens des Erblassers, sondern kraft seines eigenen Willens *(sponte),* indem er freiwillig auf den Abzug der Quart verzichtet.

Betrag des ihm Zugekommenen übersteigen, auch eine Schmälerung erfahren (§ 150, III).

D. Die vorstehenden komplizierten Grundsätze wurden von Justinian vereinfacht, indem er von dem *S. C. Pegasianum* nur die Bestimmung beibehielt, daß der Erbe auch dem Universalfideikommiß gegenüber das Recht des Abzugs der Quart habe und über Verlangen des Fideikommissars zum Erbschaftsantritt gezwungen werden könne, in welchem Falle dann das Recht des Abzugs der Quart auf den Universalfideikommissar übergeht. Die Restitution der *fideicommissaria hereditas* erfolgt nach Justinians Bestimmung jetzt ausnahmslos (es mag der Abzug der Quart platzgegriffen haben oder nicht) nur nach den Grundsätzen des *S. C. Trebellianum*, so daß der Universalfideikommissar jetzt immer *heredis loco* Universalsukzessor wird. Alles vom *S. C. Pegasianum* Beibehaltene soll jetzt so angesehen werden, als wenn es schon durch das *S. C. Trebellianum* bestimmt worden wäre. Von der Erbfolge unterscheidet sich die Universalsukzession des Universalfideikommissars immer dadurch, daß sie eine bloß mittelbare, die des Erben dagegen eine unmittelbare ist. Der Erbe tritt unmittelbar an die Stelle des Verstorbenen, während der Universalfideikommissar nur durch Vermittlung des Erben Universalsukzessor des Erblassers wird.*) Auch jetzt bleibt das Universalfideikommiß ein Vermächtnis, kann daher auch in einem Kodizill angeordnet werden und wird nach Vermächtnisgrundsätzen erworben. Endlich mag noch bemerkt werden, daß die Restitution der *fideicommissaria hereditas*, an deren Vollzug die Universalsukzession geknüpft ist, auch jetzt durch bloße Erklärung des Fiduziars an den Fideikommissar erfolgt; ob damit die tatsächliche Übergabe der Erbschaftssachen verbunden ist oder nicht, ist gleichgiltig. Jedenfalls kann sich jetzt der Universalfideikommissar als Universalsukzessor den Besitz dieser Sachen durch Anstellung der bezüglichen *actiones utiles* verschaffen.

Infolge der Aufhebung des Gegensatzes zwischen Legaten und Fideikommissen überhaupt (§ 151) ist im Justinianischen Recht auch das *legatum partitionis* als besondere Vermächtnisart verschwunden.

VIII. *Mortis causa donatio* und *mortis causa capio.*

§ 155.

L. 1. pr. l. 30, 32. D. *d. m. c. donat.* XXXIX, 6; l. 4, C. *cod.* VIII, 56; l. 31. pr. § 2. D. *d. m. c. donat.* XXXIX, 6.

I. Der Hauptfall der *mortis causa donatio* (Schenkung auf den Todesfall) ist der, daß Jemand anläßlich einer gegenwärtigen Lebensgefahr,

*) Dadurch unterscheidet sich das Universalfideikommiß (das mitunter auch als fideikommissarische Substitution bezeichnet wird) von der früher behandelten (§ 131) Vulgarsubstitution; diese ist Erbeseinsetzung, die Delation an den Substituten setzt voraus, daß der *institutus* nicht Erbe wird, folgeweise tritt auch der Substitut un-

in der er sich befindet, einem Anderen etwas so schenkt, daß diese Schenkung nur dann gelten soll, falls er in dieser Gefahr ums Leben kommt. Später sah man aber als *mortis causa donatio* auch eine solche Schenkung an, die ohne Bezugnahme auf eine gegenwärtige Lebensgefahr, überhaupt im Gedanken an den einstigen Tod, vom Schenker für den Fall gemacht wird, daß er den Beschenkten nicht überlebt. Ist auf das Widerrufsrecht nicht besonders verzichtet, so kann solche Schenkung vom Schenker lebenslänglich beliebig widerrufen werden. Jede *mortis causa donatio* ist ein Vertrag und setzt zu ihrem Zustandekommen Annahme seitens des Beschenkten dem Schenker gegenüber (also bei Lebzeiten desselben) voraus; sie kann entweder mit Beobachtung der gewöhnlichen Schenkungsform (gerichtliche Insinuation bei einem 500 *solidi* übersteigenden Betrag, § 92), oder nach Justinians Bestimmung auch durch Erklärung des Schenkungswillens in Kodizillarform, d. i. vor fünf Zeugen, geschlossen werden. Wie jede Schenkung kann sie *dando, promittendo, liberando* usw. erfolgen. Geschieht sie *dando,* so wird der Beschenkte regelmäßig sofort Eigentümer der geschenkten Sache, nur hat der Schenker im Fall seines Überlebens *ob causam non secutam* eine *condictio* auf Rückübertragung des Eigentums. Dem Schenkungsverbot zwischen Ehegatten unterliegt die *mortis causa donatio* nicht (§ 109). Die Schenkung auf den Todesfall verfolgt ähnliche Zwecke wie das Vermächtnis, beide sind Zuwendungen von Vermögensvorteilen *mortis causa.* Deshalb wurde diese Schenkung in vieler Hinsicht dem Vermächtnisrecht unterstellt. Wie ein Vermächtnis wird sie im Falle der Überschuldung des Nachlasses ungiltig. Die Beschränkungen der *lex Furia* und *Voconia* bezogen sich auch auf die *mortis causa donatio,* während die *lex Falcidia* auf sie erst durch eine Konstitution von Septimius Severus erstreckt wurde. Die *incapacitas* des *Latinus Iunianus* bezog sich schon nach der *lex Iunia (Norbana)* auch auf *mortis causa donationes,* die Vorschriften der *lex Iulia* und *Papia Poppaea* wurden durch Senatuskonsult auch auf sie ausgedehnt. Wie der Legatar und Fideikommissar kann auch der *mortis causa* Beschenkte mit Vermächtnissen belastet werden (§ 150, I) und genießt nach Justinians Bestimmung endlich, wie der Vermächtnisnehmer, das Akkreszenzrecht. Trotzdem ist die *mortis causa donatio* im Vermächtnis nicht aufgegangen, denn immer bleibt sie Vertrag und wird nicht einseitige letztwillige Verfügung; als Vertrag setzt sie die zum Erwerb erforderliche Handlungsfähigkeit, nicht *testamentifactio,* voraus; endlich wird sie sofort mit dem Vorversterben des Schenkers perfekt und ist in ihrer Wirksamkeit vom Eintritte der Erbfolge unabhängig.

---

mittelbar an die Stelle des Erblassers, während das Universalfideikommiß voraussetzt, daß der zur Erbfolge Berufene Erbe wird. Von der Pupillarsubstitution unterscheidet sich dasselbe außer Anderem dadurch, daß der Pupillarsubstitut Erbe des Pupillen, nicht des Testators wird, während der Universalfideikommissar, wenn auch nicht Erbe, so doch Universalsukzessor des Testators wird.

II. Der Ausdruck *mortis causa capio* kommt schon in der *lex Furia* und *lex Voconia* vor und hat schließlich die Bedeutung angenommen, daß darunter jeder auf einen Verstorbenen zurückzuführende Erwerb von Todeswegen begriffen ist, der nicht Erbeseinsetzung, Freilassung, Vermächtnis oder *mortis causa donatio* ist. Als Hauptfall solchen Erwerbes kommt das *condicionis implendae causa datum* in Betracht (z. B. *Maevius heres esto, si Titio centum dederit).* Auch auf diese *mortis causa capio* wurden manche Vermächtnisgrundsätze angewendet, namentlich konnten auch solche *mortis causa capiones* mit Vermächtnissen belastet werden, und unterlag der Erwerb derselben nach klassischem Recht auch den Vorschriften über *incapacitas* und Kaduzität.

Siebentes Buch.

Rechtsschutz.

§ 156.

Selbsthilfe.

l. 1, § 27. D. *de vi.* XLIII, 16; l. 7. D. *ad l. Iul. de vi.* XLVIII, 7; l. 7. *l. unde vi.* VIII, 4; J. *de publ. iudic.* IV. 18.

Selbsthilfe ist in ältester Zeit die regelmäßige Art der Geltendmachung und Durchsetzung eines Rechtes. Allmälig wird sie im Interesse der öffentlichen Ordnung zunächst staatlicher Kontrolle unterstellt, dann mehr und mehr eingeschränkt, endlich durch obrigkeitliche (gerichtliche) Rechtshilfe zum größten Teil verdrängt. Diesen Zustand fand bereits das klassische Recht als einen hergebrachten vor. Selbsthilfe ist in dieser Zeit und später nur mehr als Verteidigung gestattet. Jeder widerrechtliche Angriff, er mag auf eine Person oder eine Sache gerichtet sein, kann durch Gewalt abgewehrt werden *(vim vi repellere licet).* Dagegen ist jede eigenmächtige Durchsetzung eines Rechtes, die nicht als Defensive, sondern als Offensive auftritt, regelmäßig verboten und unerlaubt. Solcher verbotener Selbsthilfe macht sich insbesondere der Gläubiger schuldig, der sich durch eigenmächtige Wegnahme des Schuldobjektes oder durch eigenmächtige Pfändung bezahlt macht oder der den Schuldner eigenmächtig zwingt, ihm Zahlung zu leisten. Zur Strafe verliert er nach einem wohl in Anwendung der *lex Iulia de vi privata* gefällten *decretum Divi Marci* (§ 10) seine Forderung und muß das, was er sich so zugeeignet oder verschafft hat, wieder zurückstellen. Ebenso unerlaubt ist das Vorgehen des Eigentümers, der sich seiner im Besitze eines Andern befindlichen Sache mit Gewalt bemächtigt. Nach einer Konstitution von Valentinian, Theodosius und

Arcadius (389 n. Chr.) muß er diesen gewalttätig erlangten Besitz dem früheren Besitzer wieder restituieren und verliert zur Strafe sein Eigentum *(dominium eiusdem rei amittat);* ist er nicht Eigentümer, so muß er dem Verletzten außer dem Besitz noch den Wert der Sache leisten. Andere, wenn auch auf Rechtsdurchsetzung gerichtete Gewalttätigkeiten fallen unter die kriminellen Gesetze über *vis.*

§ 157.

Die *actio.*

Gai. IV. 11, 12; J. *de. act.* IV. 6.

Über die erlaubte Defensive hinaus, also im Wege der Offensive, können Privatrechte zwangsweise in der Regel nur mittelst der Gerichte durchgesetzt werden. Dies setzt gerichtliche Geltendmachung derselben durch Klage oder *actio* voraus. Unserer heutigen Anschauung nach ist die Klage nichts anderes als die prozessuale Geltendmachung des verletzten Rechtes; wer immer ein Recht hat, hat danach in und mit demselben auch schon die Befugnis klageweiser Geltendmachung desselben, so daß das sog. Klagerecht eigentlich nur eine selbstverständliche Konsequenz dieses Rechtes, oder mit a. W., die Reaktion desselben gegen seine Verletzung ist, die überall dort eintritt, wo sie nicht besonders ausgeschlossen ist. Anders nach der römischen Anschauung. Dieser zufolge ist die rechtliche Möglichkeit der Klage oder das Klagerecht nicht schon die selbstverständliche Konsequenz des verletzten Rechtes, sondern ist nur dort vorhanden, wo einer bestimmten Verletzung wegen eine *actio* gewährt ist. Diese erscheint daher nicht als immanente Folge des Rechtes, sondern als ein durch Rechtssatz besonders gewährtes Mittel, welches allein gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs innerhalb gewisser Grenzen ermöglicht. Wer heutzutage klagt, macht durch die Klage unmittelbar das verletzte Recht geltend, während der Kläger nach römischem Recht dadurch zunächst die besondere *actio* gebraucht, die allerdings auch zum Schutze eines Rechtes eingeführt ist. Nach römischem Recht gibt es nicht bloß eine Klage, die je nach Verschiedenheit des durch sie eingeklagten Rechtes Eigentums-, Servituten-, Forderungsklage usw. ist, sondern wie uns die Darstellung der einzelnen Rechtsverhältnisse gezeigt hat, eine große Zahl verschiedener *actiones,* von denen jede ihr besonderes Anwendungsgebiet, jede ihre bestimmten Voraussetzungen hat, und jede daher Rechtsschutz nur innerhalb gewisser Grenzen gewährt. Jede *actio* ist ein juristisches Individuum für sich. Soll nach römischem Recht daher Rechtsverfolgung mittelst *actio* stattfinden, so müssen gerade die Voraussetzungen der bestimmten geltend zu machenden *actio* vorliegen. Welche das sind, das haben wir früher betreffs einer großen Anzahl von Klagen kennen gelernt; wie wir dort gesehen haben, sind sie andere für die *rei vindicatio,* andere für die *negatoria, confessoria in rem*

actio, andere für die *actio hypothecaria*, *ex testamento* usw. Häufig ist der Sachverhalt der, daß Voraussetzung der *actio* der Bestand eines zivilen Rechtsverhältnisses, ein *rem actoris esse*, ein *dare oportere*, ist, dann dient diese *actio* zur Realisierung dieses zivilen Rechtsverhältnisses, des quiritischen Eigentums, eines zivilen Forderungsrechtes usw. Dies ist aber keineswegs notwendig, denn zahlreiche Klagen sind nicht an ein ziviles Rechtsverhältnis, sondern an andere Voraussetzungen geknüpft, wie das bei den prätorischen Klagen der Fall ist, die wir früher kennen gelernt haben. Danach erscheint daher die *actio* auch dort, wo sie ein ziviles Rechtsverhältnis zur Voraussetzung hat, nicht als selbstverständliche Folge desselben, sondern als durch Rechtssatz besonders gewährte Betätigungsart desselben.

Die älteste Art der *actiones* sind die *actiones legibus proditae* oder *datae*, mit a. W. die *actiones legitimae*, welche durch *lex* oder altes Herkommen, das *pro lege* ist, gewährt sind. Für diese *actiones legitimae* hatte die Pontifikaljurisprudenz (§ 11) im Anschluß an die Worte des betreffenden die *actio* gewährenden Gesetzes besondere „Spruchformeln" oder *legis actiones* aufgestellt, durch welche sie allein geltend gemacht werden konnten. Wer eine solche *legitima actio* anstellte, mußte sich daher der hiefür eingeführten *legis actio* bedienen, jeder andere Weg war ihm verschlossen. Neben die alten *actiones legitimae*, welche den Hauptstamm der späteren *actiones civiles* bildeten, traten dann mit dem Emporkommen der magistratischen Edikte (§ 9) die *actiones*, welche von den Magistraten, insbesondere von den Prätoren kraft ihrer Amtsgewalt dadurch gegeben worden sind, daß sie in ihren Edikten unter bestimmten Voraussetzungen Anordnung eines Gerichtes zusagten *(iudicium dabo)*. Diese *actiones* sind die *actiones honorariae*, u. zw. *praetoriae* oder *aediliciae*, je nachdem sie vom Prätor oder von den Ädilen gegeben sind. Während also die die *actio legitima* oder *civilis* begründende Rechtsquelle die *lex* oder eine Bestimmung *pro lege* ist (§ 17), ist es bei den *actiones honorariae* das magistratische Edikt.

Aus dem Vorstehenden ist ersichtlich, daß der Rechtsschutz nach römischem Recht in eigentümlicher Weise organisiert ist. Jedes Recht oder schutzwürdige Interesse findet nur insofern gerichtliche Hilfe, als dafür eine *actio* gewährt ist. Dem System der Rechte und schutzwürdigen Interessen entspricht ein System von *actiones*, die erst die Mittel und Werkzeuge zur gerichtlichen Geltendmachung der ersteren sind. Diese Eigentümlichkeit des Aktionenwesens, die wir zuerst bei den Athenern finden, bei denen jedem Gesetz seine besondere *δίκη* oder *γραφή* entspricht, bringt es mit sich, daß jede *actio* ein selbständiges juristisches Gebilde ist, das sein besonderes Anwendungsgebiet (Schutzgebiet) hat. Darüber hinaus findet sie nicht statt, sondern vielleicht eine andere *actio*, die wieder ihre besonderen Grenzen hat. So reiht sich *actio* an *actio*, jede ein bestimmtes Gebiet beherrschend. Folgeweise genügt es nicht, zu wissen, daß man wegen

einer Verletzung überhaupt eine Klage habe, sondern man muß wissen, welche *actio* diesfalls zur Verfügung steht. Dies führt notwendig zu einer scharfen Abgrenzung und Plastik der juristischen Begriffe, welche in erster Reihe die didaktische Bedeutung des römischen Rechtes begründet.

§ 158.

Ius und *iudicium. Extraordinaria cognitio.*

Die Durchführung der *actio* erfolgt im Zivilprozeß. Für denselben ist in klassischer Zeit charakteristisch die Teilung des Prozeßverfahrens in zwei Abschnitte: das Verfahren *in iure,* und das Verfahren *in iudicio.*

Der Prozeß beginnt mit dem Verfahren *in iure,* welches vor dem Magistrat als der mit *iurisdictio,* die in seinem *imperium* enthalten war, ausgestatteten Gerichtsobrigkeit, also gewöhnlich vor dem Prätor, vor sich geht. Dasselbe bezweckt Erledigung der Prozeßvoraussetzungen, also Prüfung der Legitimation der Parteien, sowie Erledigung der Frage, ob für den Anspruch des Klägers überhaupt *actio* besteht oder gewährt wird. Ist das der Fall, so wird, wenn Beklagter den Anspruch des Klägers bestreitet, *actio* und Verteidigung des Beklagten in der durch das Prozeßrecht vorgeschriebenen Weise formuliert und die Entscheidung des formalisierten Streites ins *iudicium* verwiesen. Hiemit schließt das Verfahren *in iure* ab; es gipfelt daher nicht in der Entscheidung, sondern nur in der Formalisierung des Streites. Diese erfolgte in alter Zeit vor aufgerufenen Zeugen und hieß deshalb *litis contestatio,* welche Bezeichnung auch später beibehalten wurde, als Zeugenzuziehung nicht mehr notwendig, sondern höchstens nur noch üblich war (§§ 159, 160).

An das Verfahren *in iure* schließt sich dann als zweiter Prozeßabschnitt an das Verfahren *in iudicio,* welches entweder vor einem ständigen Gerichtshof *(decemviri litibus iudicandis* und *centumviri),* oder, wie wenigstens später gewöhnlich, vor einem oder mehreren Zivilgeschworenen (Privatpersonen) vor sich geht, die vom Magistrat für den betreffenden Prozeß als Richter bestellt wurden und sich diesem *iudicandi munus* als einer Bürgerpflicht unterziehen mußten. Zweck des *iudicium* ist Aufnahme der Beweise der streitigen Tatsachen und daraufhin Entscheidung des Prozesses durch Urteil *(sententia),* welches der Gerichtshof oder die Zivilgeschworenen auf Grund des beigebrachten Beweismaterials nach ihrem besten Wissen und Gewissen *(ex animi sui sententia)* schöpften. Hiemit ist der Prozeß zu Ende. Das Urteil ist, sofern das Verfahren nicht an einem Formgebrechen leidet, unanfechtbar, unterliegt nicht, wie ein magistratisches Dekret, magistratischer Interzession (der *par maiorve potestas* oder der *tribuni plebis)* und stellt das streitige Verhältnis zwischen den Parteien definitiv fest.*)

*) Ist das Urteil kondemnatorisch, so hat der Kläger auf Grund des Urteils gegen den Verurteilten die *actio iudicati,* welche regelmäßig zur Exekution, d. i. zur

Erst von der Kaiserzeit an war ein Rechtszug an höhere Instanzen, an den *princeps*, Senat u. a., wegen materieller Ungerechtigkeit des Urteils behufs Erzielung eines besseren Urteils (Appellation) zugelassen. Seitdem trat die vorerwähnte *auctoritas rei iudicatae* (Rechtskraft des Urteils) erst dann ein, wenn gegen das Urteil binnen zulässiger Frist nicht appelliert wurde oder das Urteil von der im betreffenden Falle höchsten, nicht mehr appellablen, Instanz ergangen war.

Die geschilderte Teilung des Prozeßverfahrens *in ius* und *iudicium* dauerte bis gegen das Ende des dritten Jahrhunderts n. Chr. Schon früher trat bei gewissen Rechtssachen, wie Honorarstreitigkeiten (§ 90), Streitigkeiten aus Fideikommissen (§ 150), für welche keine *actio* sondern bloß *extraordinaria cognitio*, d. i. eine außerordentliche magistratische Rechtshilfe, gewährt war, ein anderes Verfahren ein, das darin bestand, daß der Magistrat in diesen Angelegenheiten kein *iudicium* anordnete, sondern sie nach einer vor ihm durchgeführten Verhandlung *(causae cognitio)* selbst durch Dekret entschied und durch seine Zwangsmittel durchsetzte. Dieses zunächst außerordentliche Verfahren wurde in der Zeit nach Diokletian zum ordentlichen erhoben, seitdem besteht die alte Ordnung mit ihrem Unterschied zwischen *ius* und *iudicium* nicht mehr.

§ 159.

Der Legisaktionenprozeß.

Gai. IV, 11—31.

Das alte römische Recht kennt nur *legitimae actiones*, von denen jede durch die ihr angepaßte *legis actio* in bestimmter Prozeßform *in iure* geltend gemacht wird. Solcher Prozeßformen oder Prozeßarten, welche als *modi lege agendi* oder auch als *legis actiones* bezeichnet werden, gab es fünf, nämlich: *sacramento, per iudicis postulationem, per condictionem, per manus iniectionem, per pignoris capionem.* Wie jeder alte Prozeß ist auch das römische Legisaktionenverfahren streng formalistisch. Das genau vorgeschriebene Prozeßritual bestand aus bestimmten solennen Reden und solennen Handlungen. Beides mußte in herkömmlicher Weise mit der peinlichsten Genauigkeit vorgenommen werden, der geringste Formfehler, der Gebrauch eines unrichtigen Wortes konnte den Prozeßverlust nach sich ziehen. Alle diese *legis actiones* und *modi lege agendi* waren streng zivil und nur in Prozessen zwischen Bürgern anwendbar.

Die eingehende Darstellung dieser Prozeßarten ist nicht Aufgabe der Institutionen, sondern des Zivilprozesses. Hier soll nur einzelnes hervorgehoben werden, was geeignet ist, ein Bild des Verfahrens zu geben, soweit dies zur Ergänzung des in den früheren Büchern Gesagten notwendig ist.

Zwangsvollstreckung führt. Zum Prozesse führt sie nur dann, wenn der Verurteilte den Rechtsbestand des Urteils bestreitet oder Tilgung der Schuld nach dem Urteil behauptet. Wenger, Z. L. von der *actio iudicati* 1901.

Wir wählen zu diesem Behuf den *modus lege agendi sacramento* und den *per manus iniectionem*, nicht nur deswegen, weil wir über sie verhältnismäßig genauere Nachrichten haben, sondern auch deswegen, weil schon in der früheren Darstellung, insbesondere bei der *manumissio per vindictam* und der *in iure cessio*, auf Stücke der ersteren Prozeßart Bezug genommen worden ist.

A. Der *modus lege agendi sacramento (sacramenti actio)* ist dadurch charakterisiert, daß jede Partei für die Wahrheit der von ihr *in iure* aufgestellten Rechtsbehauptung *(intentio)* eine Summe Geldes (50 oder 500 *asses*, je nach dem Wert des Streitgegenstandes), die sog. *summa sacramenti*, einsetzt, später durch Bürgen sichert. Diese Summe soll sie an den Staat verlieren, falls ihre Rechtsbehauptung sich als unwahr herausstellen sollte. Das Ganze hat somit den Charakter einer Wette. Die Entscheidung dieser durch *depositio* oder Bürgschaftsleistung vollzogenen Wette, mit anderen Worten der Frage, *cuius sacramentum iustum sit*, wird ins *iudicium* verwiesen. Mit der Entscheidung derselben ist dann *implicite* auch über das streitige Recht entschieden. Diese Prozeßart *per sacramentum* wird als *generalis actio* bezeichnet, weil sie für alle *legis (legitimae) actiones* galt, auf die nicht ein anderes Verfahren Anwendung fand. Letzteres war nur bei manchen Forderungsklagen der Fall, während für die *vindicationes* das Verfahren *per sacramentum* der einzig zulässige *modus lege agendi* blieb. In der Anwendung auf die *vindicatio* war der Vorgang hiebei folgender: Der Streitgegenstand wird vor den Prätor gebracht; ist er eine unbewegliche oder zwar bewegliche, aber schwer transportable Sache, ist er ein ganzer Komplex von Sachen, wie z. B. eine Herde, eine Erbschaft, so genügt es, wenn ein Teil oder ein Stück des Ganzen, eine Scholle des Grundstücks, ein Schaf, eine Erbschaftssache usw. als Repräsentant des Ganzen *in ius* gebracht wird. An diesem Objekte wird jetzt das Vindikations-Ritual vollzogen. Der Kläger ergreift dasselbe und nimmt den Streitgegenstand mit den solennen Worten: *hanc rem (fundum Cornelianum, hominem Stichum, hereditatem L. Titii) ex I. Q. meam (meum) esse aio* in Anspruch, bekräftigt diese Rechtsbehauptung sofort durch Berührung des Objektes mit der *festuca* oder *vindicta* (welche *hastae loco* ist, *signo quodam iusti dominii*), indem er die Worte hinzufügt: *sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui.* Dieser *vindicatio* gegenüber nimmt der Beklagte in ganz gleicher Weise die *contravindicatio* vor, so daß Eigentumsbehauptung gegen Eigentumsbehauptung steht. Sofort erfolgt der Friedensbefehl des Prätors: *mittite ambo rem;* daraufhin lassen beide die Sache los. Vindikant und Kontravindikant fordern sich dann gegenseitig zum *sacramentum* heraus: *quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco; — Similiter ego te.* Mit dem Einsetzen des *sacramentum* oder der Sicherstellung desselben von beiden Seiten ist der Streit formalisiert; es folgt jetzt noch die Regelung des Besitzstandes

der Sache für die Dauer des Prozesses durch das *vindicias dicere secundum alterum eorum*, d. h. dadurch, daß der Prätor einer der Parteien interimistisch (für die Dauer des Prozesses) den Besitz der Sache zuweist, welche dann für den Fall ihres Unterliegens die Herausgabe der Sache samt Früchten an den Sieger durch eine Kaution sichern muß. Hiemit ist der Prozeß für das *iudicium* reif, welches, wenn nicht Kompetenz des Zentumviralgerichtes platzgreift, seit der *lex Pinaria* nach weiteren dreißig Tagen durch Bestellung eines *iudex* seitens des Magistrates angeordnet wird.

In den Formen der geschilderten *vindicatio per sacramentum* bewegen sich, wie schon früher bemerkt worden ist, die *manumissio per vindictam* (§ 28) und die *in iure cessio* (§ 52, welche deshalb auch als *legis actio* bezeichnet wird), nur mit dem Unterschied, daß es bei diesen Rechtsakten zu keiner *contravindicatio* kommt, da es sich hiebei ja nicht um einen Prozeß, sondern um ein Rechtsgeschäft in prozessualen Formen handelt. Folgeweise entfällt hiebei mit der *contravindicatio* alles weitere.

B. Der *modus lege agendi per manus iniectionem* ist die Einleitung der Exekution des alten Rechtes. Er war bei solchen *actiones* anwendbar, welche durch Gesetz als exequierbar erklärt waren. Dies war nach den XII Tafeln der Fall bei der *actio iudicati* gegen den *iudicatus* oder *confessus*. War nämlich Jemand durch Urteil zur Zahlung einer Geldsumme verurteilt oder hatte er die Geldschuld durch *confessio in iure* zugestanden, so hatte er noch 30 Tage *(triginta dies iusti)* Zeit, um seine Verbindlichkeit zu erfüllen. Erfolgte während dieser Zeit keine Erfüllung, so konnte ihn der Gläubiger selbst mit Gewalt vor den Prätor führen, woselbst er dann die *actio iudicati* durch solenne *manus iniectio* geltend machte. Dies geschah dadurch, daß er mit den Worten: *Quod tu mihi iudicatus (sive damnatus) es sestertium X milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum iniicio,* in solenner Weise Hand an den Schuldner legte. Demgegenüber konnte der *iudicatus* oder *confessus* nicht mehr selbst *manum (creditoris) depellere*, er war vielmehr dadurch dem Gläubiger verfallen und wurde von diesem in die Schuldknechtschaft abgeführt, wenn nicht sofort Jemand für ihn als *vindex* intervenierte. Auch dieses Eingreifen eines *vindex* wird als *(lege) agere* bezeichnet; in welcher Form es vor sich ging, wissen wir nicht, wahrscheinlich durch solennes *manum depellere*, verbunden mit Bestreitung der Rechtsbeständigkeit der *manus iniectio.* (§ 158*). Dieses Nichtigkeitsverfahren wird zwischen dem *vindex* und dem Gläubiger durchgeführt; unterlag der *vindex* darin, so wurde er auf das Doppelte verurteilt. Durch solchen Eintritt des *vindex* wurde die *manus iniectio* gegen den Schuldner in ihrem weiteren Fortgang wahrscheinlich nicht bloß gehemmt, sondern ganz aufgehoben, so daß statt des Schuldners dem Gläubiger jetzt nur mehr der unterlegene *vindex* haftete. Fand sich ein solcher *vindex* nicht, so verfiel der Schuldner der Schuldknechtschaft beim Gläubiger. Dieser durfte

ihn binden und fesseln *(vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore, aut si volet maiore vincito)*, hatte ihn, wenn der Schuldner sich nicht selbst verköstigte in genau vorgeschriebener Weise zu verköstigen *(si volet suo vivito. ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato si volet plus dato)*. Diese Schuldhaft dauerte 60 Tage; während dieser Zeit mußte der Gläubiger den Schuldner an drei aufeinanderfolgenden *nundinae* auf den Markt zum Prätor führen, die Schuld daselbst ausrufen, ob nicht Jemand ihn auslöse. Blieb dies erfolglos, so konnte er ihn am dritten Markttage töten oder in die Fremde *(trans Tiberim)* als Sklaven verkaufen. Mehrere Gläubiger konnten ihn in *partes secare*. Diese Zwangsvollstreckung war somit eine Personalexekution im strengsten Sinne des Wortes, sie ging an Leib und Leben des Schuldners und endigte mit der Vernichtung seiner Persönlichkeit.

Die *manus iniectio* in der geschilderten Gestalt war durch besondere Gesetze auch auf andere *actiones* übertragen *(actio depensi* u. a.) und heißt in dieser Anwendung *manus iniectio pro iudicato*. Weitere Gesetze haben dann für gewisse andere *actiones* die Rechtsverfolgung durch *manus iniectio* nur mit der Abschwächung gewährt, daß der Schuldner selbst *manum depellere* und für sich *lege agere* konnte. Dieser *manus iniectio pura* gegenüber war somit ein *vindex* nicht mehr notwendig, denn wie in den bisherigen Fällen der *vindex*, so konnte hier der Schuldner selbst das Bestreitungsverfahren einleiten, wurde aber dann, wenn er hierin unterlag, auch auf das *duplum* verurteilt. Durch eine *lex Vallia* endlich wurde bestimmt, daß die *manus iniectio* in ihrer alten Strenge nur mehr bei der *actio iudicati* und der *actio depensi* (§ 83) Geltung behalten solle, in allen übrigen Fällen der *manus iniectio* soll sie nur noch als *manus iniectio pura* zulässig sein, so daß der Schuldner dort selbst *manum depellere potest*.

Die *legis actio*, eingekleidet in die Formen des betreffenden *modus lege agendi*, bildete in der alten Zeit den Schwerpunkt des Verfahrens *in iure*. Sie wurde daselbst vor Zeugen vorgenommen, welche seitens der Parteien in feierlicher Weise aufgerufen wurden. Mit dem Vollzug der *legis actio* ist im Legisaktionenprozeß das Prozeßstadium eingetreten, das als *litiscontestatio* bezeichnet wird (§ 158). Dabei ist aber zu bemerken, daß nicht jede *legis actio* notwendig zu einer *litiscontestatio* führt; erhebt der Gegner keine *contravindicatio*, gesteht er also den Anspruch des Klägers *in iure* zu oder tritt bei der *manus iniectio* kein *vindex* ein, so endet das Legisaktionenverfahren ohne *litiscontestatio*, weil es in diesen Fällen zu gar keinem *iudicium* kommt. Die *legis actio* ist in solchen Fällen unmittelbare Rechtsdurchsetzung (staatlich geregelte und kontrollierte Selbsthilfe); zu einer *litiscontestatio* führt sie nur dann, wenn der Gegner die Rechtsbehauptung des Klägers bestreitet, denn nur dann ist eine *lis* vorhanden, deren Entscheidung im *iudicium* erfolgt.

§ 160.

Der Formularprozeß.

Gai. IV, 30 fg.

I. Im Laufe der Zeit wurde der im Legisaktionenprozeß herrschende Formalismus des Verfahrens, demzufolge der geringste Formfehler Prozeßverlust nach sich ziehen konnte, als ein Übelstand empfunden, was schließlich dahin führte, daß der wahrscheinlich in der Peregrinenjurisdiktion, ebenso wohl auch beim *praetor urbanus* in gesetzlosen, d. h. durch Volksgesetze nicht regulierten Fällen, längst übliche Formularprozeß, jetzt auch für die auf Volksgesetzen beruhenden Klageansprüche zur Geltung kam. Wie uns Gaius berichtet, ist diese Erhebung des Formularprozesses zum legitimen Volksgesetzprozeß durch die *lex Aebutia* (ungewissen Alters, sicher nach 550 d. St., Manches weist auf die erste Hälfte des siebenten Jahrhunderts d. St., auf die Zeit der Gracchen, jedenfalls fällt sie vor Ciceros Auftreten) angebahnt und durch zwei *leges Juliae*, wohl aus der Zeit des Augustus, nicht Cäsars,*) zum Abschluß gebracht worden. Danach war das Legisaktionenverfahren nur mehr wegen *damnum infectum* und wegen solcher Rechtssachen zulässig, die zur Entscheidung an die *centumviri* gingen, in allen übrigen Fällen war es aufgehoben und durch das Verfahren *per formulam* oder *per concepta verba* ersetzt. Für das Edikt des *praetor urbanus* (§ 8) hatte dies die wichtige Folge, daß dieser jetzt auch für die *actiones legitimae*, welche bisher durch *legis actiones* geltend zu machen waren, Klageformeln zu entwerfen und im Edikt zu proponieren hatte; wodurch begreiflicherweise eine wesentliche Erweiterung seines Edikts bewirkt wurde.

Der Unterschied dieses Verfahrens *per formulam* von dem *per legis actionem* war in der Hauptsache der, daß bei letzterem der Schwerpunkt des Verfahrens *in iure* in die von solennen Handlungen begleiteten mündlichen „Spruchformeln" der Parteien, hier dagegen in die vom Prätor auszufertigende Schriftformel**) fiel. Während nämlich der Richter dort seine Aufgabe aus der gebrauchten ständigen Spruchformel und solennen Handlung zu entnehmen hatte, entnahm er sie hier aus der Schriftformel, in welcher er seitens des Magistrates als Richter für den einzelnen Fall bestellt und befehlsweise mit seiner Aufgabe bekannt gemacht wurde. Genauer war diese Schriftformel ein vom Magistrat schriftlich ausgefertigtes *decretum*, in welchem der Magistrat dem Richter die Voraussetzungen vorschrieb, unter denen er den Beklagten kondemnieren solle. Ob diese

*) Über diese Prozeßreform siehe Wlassak, Römische Prozeßgesetze, I. und II. 1888, 1891. Girard in der Zeitschrift der Savigny Stift: Rom. Abt. XIV, S. 11. fg.

**) Die Formel ist ein amtliches Schriftstück. Dies ist in neuester Zeit angezweifelt worden (Kübler, Zeitschr. d. Sav. St. XVI. S. 156 fg., 179. fg.; Trampedach in derselben Zeitschr. XVIII., S. 114. fg. Allein für die Schriftlichkeit spricht der mitunter recht komplizierte Bau der Formel, insbesondere das Vorkommen der *praescriptiones* (§ 165 *C.* Note*), obwohl auch letzteres Argument bekämpft worden ist. Schlossmann *Litiscontestatio* 1905, für den amtlichen Charakter die imperative Fassung.

Voraussetzungen vorliegen oder nicht, war der freien Beurteilung des Richters anheimgegeben. Nahm er sie auf Grund des in *iudicio* durchgeführten Beweisverfahrens nach bestem Wissen und Gewissen als vorhanden an, so hatte er nach Inhalt der Formel den Beklagten zu verurteilen, entgegengesetzten Falles zu absolvieren. Die Formel zu bessern oder überhaupt zu ändern war nicht Sache des Richters, er hatte sie lediglich auszuführen, d. h. bei Vorhandensein der erwähnten Voraussetzungen zu kondemnieren, sonst zu absolvieren.

Seit der durch die *lex Aebutia* angebahnten Verdrängung der Legisaktionen durch den Formularprozeß konnte, abgesehen von den eingangs genannten zwei Ausnahmen, ein Anspruch nur mehr durch Vermittlung der magistratischen Schriftformel zu einem Gericht *(iudicium)* gelangen. *Actio* hatte daher jetzt nur der, dem für seinen Anspruch eine solche Schriftformel zu Gebote stand. Damit sich nun die Parteien darüber im vorhinein orientieren können, ob und welche Rechtsverfolgung für die verschiedenen Ansprüche gewährt sei, stellte der Prätor die Blankette der Schriftformeln, welche er während seines Amtsjahres zu gewähren beabsichtigte, schon in seinem Edikt auf (§ 8). Das Verfahren *in iure* bezweckte dann in der Regel nur die Erteilung, Ausfüllung und Adaptierung eines dieser ediktsmäßigen Formulare. Solche Formelblankette wurden vom Prätor, vielleicht infolge Anweisung obiger Gesetze, für alle *actiones legitimae* entworfen und proponiert. Diese traten an die Stelle der alten, jetzt nicht mehr anwendbaren *legis actiones* und waren im Anschluß an den Inhalt der letzteren vom Prätor redigiert. Dabei blieb aber der Prätor nicht stehen, sondern hat auch für neue erst von ihm zugelassene Ansprüche, für die keine *legis actio* bestanden hatte, entsprechende Schriftformeln erst von Fall zu Fall gewährt, dann als ständige Formulare im Edikt proponiert.

II. Wie bereits erwähnt, ist die schriftliche Formel des Formularprozesses ein vom Prätor ausgefertigter, an den Richter gerichteter, an gewisse Vorraussetzungen geknüpfter Kondemnationsbefehl. Demgemäß unterscheidet man zwei Hauptbestandteile der Formel: die *intentio* und die *condemnatio*. In den Formelblanketten:

Si paret N^m N^m A^o A^o X dare oportere,
iudex N^m N^m A^o A^o in X condemna s. n. p. a. oder
Si paret N^m N^m A^o A^o fundum Cornelianum (X modios tritici Africi optimi) dare oportere,
quanti ea res est tantam pecuniam, iudex, N^m N^m A^o A^o condemna s. n. p. a.

ist der erste Satz die *intentio,* der zweite die *condemnatio.* Diese ist der bedingte Kondemnationsbefehl, jene die ihn bedingende *condicio de praesenti,* bezogen auf die Zeit der Formelerteilung (Litiskontestation). Ob diese *intentio* im konkreten Falle zutrifft oder nicht, das hat der Richter nach Maßgabe der Verhandlung *in iudicio* zu beurteilen und zu

entscheiden. Hält er sie *ex animi sui sententia* für zutreffend, findet er z. B. daß das vom Kläger A^s A^s behauptete *dare oportere* des N^s N^s bestehe, so hat er gemäß des Kondemnationsbefehls den Beklagten N^s N^s zu kondemnieren. Daraus ist ersichtlich, daß sich alles um die Richtigkeit der *intentio* dreht, weiter aber auch ersichtlich, daß die *condemnatio* als Bestandteil der Formel nicht mit der vom Richter vorzunehmenden Verurteilung zu verwechseln ist, denn diese erfolgt erst später durch die *sententia iudicis* und ist nur der Vollzug des in der Formel enthaltenen Kondemnationsbefehls, der allein dem Richter die Macht gibt, die Verurteilung des Beklagten mit Rechtswirksamkeit auszusprechen. Diese richterliche Verurteilung erfolgt im Formularprozeß immer auf eine bestimmte Geldsumme, der Klageanspruch mag auf was immer gerichtet sein, da ja auch schon der Kondemnationsbefehl den Richter nur zur Geldkondemnation ermächtigt. Die Geldsumme, auf welche der Richter kondemnieren darf, kann schon in dem Kondemnationsbefehl bestimmt oder dort unbestimmt gelassen sein. Danach unterscheidet man die *condemnatio certa* und *incerta*. Erstere ist dann vorhanden, wenn der Kondemnationsbefehl, wie im ersten Beispiel, die Summe fixiert, auf welche der Richter im Falle der Richtigkeit der *intentio* kondemnieren soll. Kondemniert er hier, so kann er nur auf *X*, weder auf mehr noch auf weniger, kondemnieren. Die letztere ist jene, bei welcher die Kondemnationssumme in der Formel noch nicht fixiert, sondern erst richterlicher Ermittlung überlassen ist. Lautet der Kondemnationsbefehl diesbezüglich wie oben auf *quanti ea res est* oder wie weiter unten auf *quanti ea res erit*, so hat der Richter, falls er die *intentio* für richtig findet, daraufhin erst den Inhalt des *quanti ea res est* oder *erit*, d. h. das Geldinteresse des Klägers zu ermitteln und dann den Beklagten auf den Betrag desselben zu verurteilen. Eine Abart der *condemnatio incerta* ist die *condemnatio cum taxatione*, durch welche dem Richter im Kondemnationsbefehl eine Maximalgrenze gezogen wird, die er bei der Verurteilung nicht überschreiten darf. Diese Grenze kann, wie bei der *actio iniuriarum* (§ 97), in einer bestimmten Geldsumme *(dumtaxat sestertium X milia)*, oder wie bei der *actio de peculio* und *de in rem verso*, in anderen erst richterlicherseits zu erhebenden Umständen *(dumtaxat de peculio — vel si quid in rem N^i N^i versum est* § 100) bestehen. Wie aber auch der Kondemnationsbefehl in dieser Hinsicht beschaffen sein mag, das kondemnatorische richterliche Urteil selbst kann im Formularprozeß immer nur auf eine bestimmte Geldsumme lauten.

Das galt bei jeder Klage, nicht bloß bei der, welche auf Zahlung einer geschuldeten Geldsumme, sondern auch bei der, welche auf eine Leistung anderer Art, z. B. Herausgabe einer Sache, Leistung einer Arbeit, gerichtet war. Auch in diesen Fällen konnte der Beklagte, wenn es zur Kondemnation kam, nur auf Geld verurteilt werden, niemals auf die

Naturalleistung (Herausgabe der Sache, Leistung einer Arbeit u. a.), so daß der Kläger in solchen Fällen eigentlich nicht das erhielt, was ihm gebührte, sondern statt dessen mit der in Geld ausgedrückten Abfindung zufrieden sein mußte. Diesem Übelstande suchte man unter Festhaltung ausschließlicher Geldkondemnation bei gewissen Naturalleistung bezweckenden Klagen, namentlich bei restitutorischen und exhibitorischen Klagen (wie z. B. bei der *rei vindicatio, actio commodati directa, depositi directa, hypothecaria, hereditatis petitio* u. a.), dadurch abzuhelfen, daß man in die Formeln derselben, als ein Zwischenglied, das sog. *arbitrium de restituendo vel exhibendo* einschob. Die Klagen, bei denen das der Fall war, heißen *actiones arbitrariae*. Eine solche war, wie schon erwähnt, z. B. die *rei vindicatio*, deren Formel folgendermaßen lautete:

Titius iudex esto.
Si paret rem q. d. a. ex I. Q. A^i A^t esse,
neque ea res arbitratu tuo A^o A^o restituetur,
quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N^m N^m A^o A^o condemna s. n. p. a.

Zufolge solcher Formel hat der Richter wie sonst zu prüfen, ob die *intentio* richtig sei, ob mit anderen Worten das *paret-esse* zutreffe. Findet er das, so soll er jedoch nicht wie sonst gleich zur Geldkondemnation schreiten, sondern vielmehr den Beklagten erst auffordern, dem Kläger *in natura* das zu leisten, was diesem nach Maßgabe seines Anspruches gebührt (also bei der *rei vindicatio* die Sache *c. s. c.*, Früchten u. a.). Erst wenn der Beklagte dieser Aufforderung innerhalb der ihm vom Richter gesetzten Frist nicht entspricht, wird er schließlich auf das Geldinteresse des Klägers kondemniert, welches, sofern die Naturalrestitution durch *dolus* oder *contumacia* des Beklagten unterblieben ist, durch den Schätzungseid *(iusiurandum in litem)* des Klägers taxiert werden kann. Exequierbar war das *arbitrium de restituendo* (dessen Inhalt sich nach der Art der Klage und der geführten Verhandlung *in iudicio* ergab) nicht, nur indirekt wurde auf die Befolgung desselben durch die drohende Geldkondemnation hingewirkt, bei welcher der Richter, nachdem sein *arbitrium de restituendo* erfolglos geblieben war, gelegentlich der Bemessung der Kondemnationssumme auch den Starrsinn des Beklagten gebührend in Rechnung ziehen konnte. Um dem zu entgehen, wird der Beklagte, der *in natura* restituieren konnte, auch lieber wirklich restituiert haben, so daß diese *actiones arbitrariae* dem Kläger wohl in den meisten Fällen das verschafften, was ihm wirklich gebührte.

Außer der *intentio, condemnatio* und dem *arbitrium de restituendo vel exhibendo* sind von Formelbestandteilen hier noch die *demonstratio* und die *adiudicatio* zu erwähnen; erstere ist eine kurze Angabe des Geschäftes, welches der Klage zugrunde liegt, mit seinem technischen Namen und

kommt nur bei *actiones incertae* vor (§ 76);*) während letztere den Teilungsklagen eigentümlich ist und den Richter zur Adjudikation (§ 54) ermächtigt *(quantum adiudicari oportet, iudex Titio adiudicato).* Präjudizialklagen endlich, bei denen es sich nur um die richterliche Feststellung eines Verhältnisses handelt, haben nur eine *intentio* (§ 34), eine *condemnatio* hätte hier keinen Sinn.

III. Die Feststellung der Schriftformel erfolgte durch den Magistrat auf Grund der Verhandlung mit den Parteien. Unmittelbar daran schließt sich die *litiscontestatio.* Diese ist ein noch *in iure* vorgenommener Akt der Parteien, dessen genauere Gestaltung wir nicht kennen. Die Tätigkeit des Klägers hiebei wird als *litem contestari cum aliquo,* als *agere, edere* oder *dictare iudicium, formulam,* die Tätigkeit des Beklagten als *accipere iudicium* bezeichnet. Letzteres muß irgend ein Akt des Beklagten gewesen sein, durch den dieser sich der festgestellten Formel unterwirft und sich dadurch förmlich auf den Prozeß einläßt.**) Die Litiskontestation, welche mit dem *accipere iudicium* vollendet wird (daher *iudicium acceptum* = *lis contestata*), war auch im klassischen Recht, noch ein Formalakt u. zw. ein zweiseitiger Parteienakt *(iudicio contrahere),* der auch jetzt noch, wenigstens üblicherweise, vor aufgerufenen Zeugen vorgenommen wurde (§ 158). Durch die Litiskontestation tritt die Schriftformel in Kraft und wird jetzt dem darin bestellten Richter *(iudex, recuperatores)* zugemittelt. Das Verfahren *in iure* ist mit der Litiskontestation abgeschlossen und es folgt das Verfahren *in iudicio* (§ 158). Die Angelegenheit ist *in iudicium deducta* (§ 164). — Auf den Zeitpunkt der Litiskontestation ist das *Si paret* der Formel zu beziehen, so daß nach dem Stand zu dieser Zeit die Frage der Richtigkeit der *intentio* vom Richter zu beantworten ist. Das Gleiche gilt bezüglich des Umfanges der Kondemnation, wenn der Kondemnationsbefehl lautet: *quanti ea res est,* während dieser Umfang dort, wo der Befehl auf *quanti ea res erit* abgestellt ist, vom Richter nach dem Zeitpunkt des Urteils zu ermitteln ist.

§ 161.

Einteilungen der *actiones.*

Gai. IV, 1—9; 34—37; J. *de act.* IV, 6.

Die hauptsächlichsten Einteilungen der *actiones* sind folgende:

I. *Actiones in ius conceptae, actiones in factum, actiones ficticiae.*

---

*) Beispiel einer Formel mit *demonstratio: Titius iudex esto. Quod A^s A^s de N^o N^o incertum stipulatus est, quidquid N^m N^m A^o A^o dare facere oportet, eius iudex N^m N^m A^o A^o condemna, s. n. p. a. (actio incerti* § 76).

**) Verweigert der Beklagte das *iudicium accipere* so kommt es zu keiner Litiskontestation. Der Beklagte ist *indefensus* und hat zu gewärtigen, daß Kläger gegen ihn *missio in bona* erwirkt und dadurch das Konkursverfahren einleitet.

A. In ius conceptae sind die *actiones,* deren Schriftformel eine *intentio in ius concepta* enthält, d. h. bei denen der Kondemnationsbefehl von dem Bestand eines im *ius civile* anerkannten Rechtsverhältnisses bedingt ist *(in quibus de iure quaeritur),* z. B.

Si paret N^m N^m A^o A^o centum dare oportere, iudex, N^m N^m A^o A^o in centum condemna s. n. p. a.

oder

Si paret fundum Cornelianum ex I. Q. A^i A^i esse, nisi arbitratu tuo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N^m N^m A^o A^o condemna s. n. p. a.

Aufgabe des Richters ist es dann, die vom Kläger *in iudicio* anzuführenden Tatsachen nicht bloß auf ihre Wahrheit sondern auch auf ihre Erheblichkeit nach *ius civile* zu prüfen. Folgeweise kann er den Beklagten nur dann kondemnieren, wenn die vom Kläger beigebrachten Tatsachen sich als wahr und als solche erweisen, welche das in der *intentio* enthaltene Rechtsverhältnis, wie z. B. das *dare oportere,* das *rem actoris esse* usw. nach *ius civile* begründen. Solche *formulae in ius conceptae* wurden für die alten *actiones legitimae* proponiert, ebenso für alle späteren *actiones civiles. In ius conceptae* sind auch die früher erwähnten *actiones incertae,* insbesondere auch die *bonae fidei* (§ 76, 160*).

B. Actiones in factum conceptae sind solche *actiones,* deren Formel derart konzipiert ist, daß der Kondemnationsbefehl an die Bedingung des Vorhandenseins bestimmter, in der *intentio* angeführter, Tatsachen geknüpft ist. Nur dann, wenn diese Tatsachen richtig sind, darf hier der Richter kondemnieren. Somit hat der Richter auf Grund solcher Formel nicht zu prüfen, ob ein bestimmtes ziviles Rechtsverhältnis vorliege, sondern nur zu prüfen, ob die vom Prätor in der *intentio* angeführten Tatumstände zutreffen oder nicht; im ersteren Falle soll er kondemnieren, im letzteren absolvieren. Die Relevanz dieser Tatumstände zu verantworten, ist Sache des Prätors, nicht des Richters. Beispiele solcher *actiones in factum* sind außer der früher (§ 69) angeführten *formula hypothecaria* folgende:

Die neben der *actio in ius concepta* bestehende *actio depositi in factum: Iudex esto. Si paret A^m A^m apud N^m N^m mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N^i N^i A^o A^o redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N^m N^m A^o A^o condemnato s. n. p. a.*

Die *actio in factum* des Patrons gegen den *libertus* wegen unerlaubter *in ius vocatio* (§ 28): *Recuperatores sunto. Si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse, recuperatores, illum libertum illi patrono sestertium X milia condemnate s. n. p. a.*

Endlich die *actio doli* (§ 98): *Iudex esto. Si paret dolo malo* N^i N^i *factum esse, ut* A^s A^s N^o N^o *fundum q. d. a. mancipio daret, neque ea res arbitrio tuo restituetur —, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex,* N^m N^m A^o A^o *condemna s. n. p. a.*

In allen diesen Beispielen sind es nur tatsächliche Umstände, von deren Richtigkeit die Kondemnation abhängig gemacht ist. Solche *formulae in factum* wurden in großer Anzahl für die vom Prätor selbst eingeführten Klagen aufgestellt.

C. Eine besondere Art von *actiones in ius conceptae* sind die *actiones ficticiae.* Auch sie sind prätorische Klagen, aber solche, bei denen sich die *intentio* an eine *actio iuris civilis* anlehnt, so daß wir es hiebei mit einer modifizierten *actio in ius concepta* zu tun haben. Der Sachverhalt ist folgender: Jede *actio civilis* dient zur Geltendmachung eines bestimmten zivilen Rechtsverhältnisses, z. B. eines *dare oportere,* eines *rem actoris esse* usw., ist also nur dann anwendbar, wenn dieses zivile Rechtsverhältnis vorliegt. Nun gibt es aber tatsächliche Verhältnisse, die ein solch' ziviles *rem actoris esse, dare oportere* zwar nicht begründen, weil es an der einen oder anderen nach *ius civile* hiezu geforderten Voraussetzung fehlt, die aber doch der Hauptsache nach dem durch *actio civilis* geschützten Verhältnis ähnlich und des gleichen Schutzes wie dieses würdig sind. Man denke z. B. an den Fall des Usukapionsbesitzes. Hatte der Usukapient die Sache durch die ganze Usukapionszeit besessen, so hatte er, falls er später um den Besitz kam, ihretwegen die zivile *rei vindicatio,* während er dann, wenn er um den Besitz der Sache vor Ablauf der Usukapionszeit kam, *iure civili* gegen den dritten Besitzer keine Klage hatte. Ähnlich der *bonorum possessor.* Wäre dieser *heres iure civili,* so hätte er aktiv und passiv die zivilen *actiones hereditariae;* da er nicht *heres* ist, finden sie für und gegen ihn wieder keine Anwendung. Würde der *bonorum possessor* z. B. einen Erbschaftsschuldner klagen und die Formel erwirken: *Si paret* N^m N^m A^o A^o *centum dare oportere* usw.: so würde er vom Richter abgewiesen werden müssen, weil das *dare oportere* des N^s N^s, welches dem Erblasser des A^s A^s gegenüber bestand, *iure civili* nur dem *heres* gegenüber besteht, daher nicht dem A^s A^s gegenüber, der voraussetzlich nicht *heres* ist. Obwohl also sonst alles zutrifft, der Beklagte Erbschaftsschuldner, der Kläger Erbe ist, so scheitert die zivile Klage doch daran, daß er nicht *heres,* sondern nur *bonorum possessor* ist. In solchen Fällen ging nun der Prätor in der Art vor, daß er in die *intentio* der neuen, von ihm gewährten Klage eine Fiktion aufnahm u. zw. im Falle des Usukapienten die Fiktion: *si anno (biennio) possedisset, tum si ex I. Q. res eius esse oporteret,* im Falle des *bonorum possessor* die Fiktion: *si heres esset,* und dadurch den Richter anwies, den Fall so zu beurteilen, wie er ihn nach *ius civile* beurteilen müßte, wenn die Usukapionszeit im ersten Falle abgelaufen, der Kläger im zweiten Falle nicht bloß *bonorum possessor,* sondern *heres* wäre.

Findet der Richter, daß unter dieser Voraussetzung die *res ex l. Q. actoris* wäre, das *dare oportere* des N^s N^s dem A^s A^s gegenüber bestünde, so soll er den Beklagten gerade so verurteilen, wie er ihn auf Grund der bezüglichen Klage verurteilen müßte, wenn diese Voraussetzungen vorlägen. Es ist somit der Gedanke der Gleichstellung, welcher durch die Fiktion kurz zum Ausdruck gebracht wird: ein Fall, der nicht *a* ist, soll danach unter gewissen Voraussetzungen doch so behandelt werden, als wenn er *a* wäre *(b = a)*.

Beispiele solcher *formulae ficticiae* bieten die bereits § 58 angeführte Publizianische Formel, desgleichen die § 127 abgedruckten Formeln der Klagen des *bonorum possessor*.

Weiter sei hier noch angeführt die Formel, welche der Prätor dem Gläubiger gewährte, der durch *capitis deminutio* seines Schuldners um die zivile Klage gegen diesen gekommen war (§ 33):

Si L. Titius capite deminutus non esset, tum si paret eum A^o A^o sestertium X milia dare oportere, iudex L. Titium A^o A^o sestertium X milia condemna s. n. p. a.

Danach soll der Richter den Fall so behandeln, wie er ihn behandeln müßte, wenn keine *capitis deminutio* des Schuldners stattgefunden hätte. Er soll mit anderen Worten die stattgefundene *capitis deminutio* ignorieren und den Schuldner trotz *capitis deminutio* dann verurteilen, wenn das zivile *dare oportere* lediglich durch die *capitis deminutio* aufgehoben worden ist.

Endlich sei noch verwiesen auf die Formeln der Klagen, welche mit der Fiktion der Zivität (des Klägers oder des Beklagten) versehen wurden, wie die Formel der *actio legis Aquiliae* und der *actio furti*, wenn das bezügliche Delikt von einem *peregrinus* oder gegen einen *peregrinus* verübt war (§§ 94, 96). Die *intentio* der letzteren Klage gegen einen *fur peregrinus* lautet dann nach Gaius:

Si paret L. Titio ope consiliove Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum (Dionem) si civis Romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret —.

Auch hier ist der Sinn der Fiktion der, daß der Richter den Fall trotz der Peregrinität des Beklagten *(Dio)* so behandeln soll, wie er ihn bei vorliegender Zivität desselben behandeln müßte, daß er somit den Beklagten *Dio*, seine Beteiligung am *furtum* vorausgesetzt, auf das zu kondemnieren hat, auf was er *iure civili* einen *civis* zu verurteilen hätte, *ope consiliove* dessen das *furtum* verübt worden ist.

Aus dem Angeführten ist ersichtlich, daß diese *actiones ficticiae* vom Prätor besonders hergerichtete, mit anderen Worten modifizierte, *actiones in ius conceptae* sind. Zwar ist keine Notwendigkeit vorhanden, daß der Prätor die Klage gerade als *actio ficticia* formuliert, zweifellos könnte er denselben Rechtsschutz, den er so z. B. dem Usukapienten, *bonorum possessor* u. A. gewährt, auch in der Form der *actiones in factum* gewähren

— denn ob *actio ficticia* oder *in factum* ist nur eine Frage der Formulierung —, allein dann müßte er die Tatsachen, von denen die Kondemnation des Beklagten abhängen soll, erst alle in der *intentio* genau aufzählen. Diese Umständlichkeit erspart er sich durch Gebrauch der Denkform der Fiktion. Denn da das zu schützende Verhältnis voraussetzlich dem durch zivile Klage geschützten der Hauptsache nach gleich ist, sich von ihm nur in dem einen oder anderen Nebenpunkte unterscheidet, so ist es jedenfalls der kürzere Weg, wenn er den Differenzpunkt beider Klagen hervorhebt und den Richter anweist, von demselben abzusehen, also das zur *actio civilis* Fehlende als vorhanden anzunehmen *(actio Publiciana,* Klagen für und gegen den *bonorum possessor, actio furti* des *peregrinus* und gegen den *peregrinus)* oder das die *actio civilis* Aufhebende als nicht eingetreten anzusehen (Klage gegen den *capite deminutus rescissa capitis deminutione,* daher *actio rescissoria*) und trotz dieses in Wirklichkeit vorliegenden Differenzpunktes diese Fälle so zu beurteilen, wie er sie ohne diesen Differenzpunkt *iure civili* beurteilen müßte. Insofern sind auch die Formeln dieser prätorischen Klagen solche *in quibus de iure quaeritur* und daher *in ius conceptae.*

Dies führt uns auf den Gegensatz zwischen *actio directa* und *utilis.* Jede *actio ficticia* enthält im Wesen eine Ausdehnung des durch eine bestimmte *actio civilis* verwirklichten Rechtsgedankens auf andere, mit dem Anwendungsfall der *actio civilis* wesensgleiche Fälle (§ 5). Jede solche *actio ficticia* ist somit einer bestimmten *actio civilis* gegenüber eine *actio utilis,* da durch sie der Rechtsschutz, den ein bestimmtes Verhältnis *iure civili* durch die *actio civilis* genießt, kraft prätorischer Amtsgewalt durch eine entsprechende, eben in der Fiktion enthaltene, Modifikation der Formel für einen anderen Tatbestand nutzbar gemacht wird. Im Gegensatz dazu heißt die ursprüngliche Klage *actio directa.* So ist z. B. die *Publiciana in rem actio* eine *rei vindicatio utilis.* Dabei muß aber sofort hervorgehoben werden, daß der Gegensatz zwischen *actio directa* und *utilis* auf den Unterschied zwischen *actio civilis* und *ficticia* nicht beschränkt ist. Er hat eine weiterreichende Bedeutung und kommt ebenso auch innerhalb der *actiones in factum,* wie im Verhältnis der letzteren zu den *actiones civiles* vor. Denn in ganz gleicher Weise kann auch der zuerst durch eine *actio in factum* verwirklichte Rechtsgedanke durch eine geringe Modifikation der Formel über die ursprünglichen Grenzen der Klage hinaus auf andere Fälle erstreckt werden, dann sind beide Klagen: die *actio directa,* wie die *actio utilis, actiones in factum.* Einen Beleg dafür bietet die *actio in rem Serviana* im Verhältnis zu der *actio Serviana utilis* oder *hypothecaria* (§ 69). Ebenso kann es aber auch geschehen, daß der durch eine *actio civilis* verwirklichte Rechtsgedanke durch eine *actio in factum* weiter geführt wird, wofür die Klagen einen Beleg liefern, welche im Anschluß an die zivile *actio legis Aquiliae* vom Prätor gewährt worden sind (§ 96).

Fassen wir das zusammen, so ergibt sich, daß alle *actiones utiles* sog. *actiones honorariae* sind, welche der Magistrat kraft seiner Amtsgewalt gewährt, während die ihr Urbild bildenden *actiones directae* bald *actiones civiles*, bald *actiones honorariae* sein können.

II. *Actiones in personam* und *actiones in rem*. Die im vorigen Punkte behandelten Unterschiede der Klagen sind lediglich formeller Natur, da sie nur mit der verschiedenen formellen Fassung der *intentio* zusammenhängen. Mit dem materiellen Charakter des durch sie geltend gemachten Anspruches haben sie nichts zu tun, dieser kann derselbe sein, es mag sich in formeller Hinsicht um eine *actio in ius concepta*, *in factum* oder *ficticia* handeln. Mit diesem materiellen Charakter der Ansprüche steht die jetzt zu behandelnde Gliederung der Klagen in *actiones in personam* und *actiones in rem* im Zusammenhang, wobei es keinen Unterschied macht, ob die Klagen in formeller Hinsicht *in ius* oder *in factum* konzipiert oder *ficticiae* sind. Alle diese Formelunterschiede kommen sowohl auf Seite der *actiones in personam*, wie auf Seite der *actiones in rem* vor, mit anderen Worten in formaler Hinsicht sind sowohl die *actiones in personam*, wie die *in rem* entweder *actiones in ius* oder *in factum conceptae* oder endlich *ficticiae*. Dies vorausgeschickt, gehen wir zur Hervorhebung des Unterschiedes zwischen *actiones in personam* und *in rem* selbst über.

A. Die *actiones in personam* sind, wie bereits in § 76 angedeutet wurde, die Klagen aus Forderungen. Nur auf sie bezieht sich die Legaldefinition der *actio: actio nihil aliud est, quam ius iudicio persequendi, quod sibi debetur.* Da jede Forderung nur gegen eine besimmte Person, den Schuldner, gerichtet ist, so ist schon durch das der Klage zugrunde liegende Forderungsverhältnis der einzig mögliche Beklagte in der Person des Schuldners gegeben. Nur gegen diesen kann die aus dem Forderungsverhältnis resultierende Klage verwendet werden, weil sie nur dessen persönliche (obligatorische) Verpflichtung geltend macht. Deshalb enthält die Formel jeder *actio in personam*, sie mag wie immer konzipiert sein, schon in der *intentio* den Namen des Gegners (Beklagten), wie das einerseits die oben angeführte Formel der *actio de certa credita pecunia (in ius concepta)*, anderseits die Formeln der *actio depositi in factum*, endlich der *actio doli*, der Klage des Patrons gegen den *libertus* beweisen. Alle diese Klagen sind *in personam*, da sie zivile oder prätorische Schuldverhältnisse geltend machen.

B. Jede Klage aus einem Rechtsverhältnis anderer Art ist eine *actio in rem*. Zu den *actiones in rem* gehören daher vor allen die *vindicationes**)

---

*) Die Bezeichnungen *actio in rem* und *in personam* stammen aus der Zeit des Legisaktionenprozesses, denn in den *vindicationes* war damals das Agiren mit *vindicta* auf die *in iure* anwesende Sache selbst gerichtet (§ 159), daher *agere in rem;* während bei den Forderungsklagen der prozessuale Angriff sich gegen die Person des

oder *petitiones,* d. h. alle Klagen aus den Sachenrechten, als da sind: die Eigentumsklagen (§ 57), die *Publiciana in rem actio,* die *actio confessoria,* die *actio in rem de superficie, in rem vectigalis* und die *actio hypothecaria,* weiter die Klagen aus Gewaltrechten, wie die *vindicatio filii,* endlich die *hereditatis petitio.* Außer den *vindicationes* sind *actiones in rem* die Statusklagen, durch welche die persönliche Rechtsstellung einer Person: Freiheit, Ingenuität usw. geltend gemacht wird. In allen diesen Fällen handelt es sich um Klagen aus Rechten, die nicht bloß gegen eine bestimmte Person gerichtet sind, sondern gegen Jedermann wirken, daher nicht bloß wie die Forderungen relative, sondern absolute Rechte sind. Folgeweise ist die Person des Beklagten hier nicht schon durch das Rechtsverhältnis selbst, welches durch die *actio in rem* geltend gemacht wird, gegeben, sondern ergibt sich erst durch den Hinzutritt späterer Umstände: durch die Verletzung oder durch die Bestreitung. Da diese möglicherweise von jedem Dritten ausgehen kann, so kann auch die das absolute Recht geltend machende Klage möglicherweise gegen jeden Dritten gerichtet werden. Diesem unpersönlichen absoluten Charakter des Rechtsverhältnisses entsprechend, enthält die *intentio* der *actio in rem,* sie mag *in ius* oder *in factum* konzipiert oder *ficticia* sein (siehe z. B. die Formeln der *rei vindicatio* § 160 *hypothecaria* § 69 und *Publiciana* § 58) den Namen des Beklagten in der Regel nicht, vielmehr erscheint dieser erst in der *condemnatio.* Davon machen nur die *actiones in rem negativae:* die *actio in rem negatoria* (§ 57) und die *actio in rem confessoria* behufs Geltendmachung negativer Servituten, eine Ausnahme. Denn da diese Klagen aus dem Titel des Eigentums oder der Servitut ein Verbotsrecht gegen Eingriffe in unser Eigentum oder gegen servitutswidrige Benützung der dienenden Sache geltend machen, so müssen sie bei der Bezeichnung der Handlung, deren Verbot sie bezwecken, notwendig auch die Person bezeichnen, von der diese Handlung ausgeht. Immer trifft aber auch bei diesen *actiones in rem negativae* das zu, daß sie nicht eine Verpflichtung einer Person, sondern ein Recht an der Sache geltend machen. Inwiefern die Statusklagen bloße Präjudizialklagen sind, ergibt sich aus dem in den §§ 34. 160 Gesagten. Übrigens noch folgendes:

1. Innerhalb der *actiones in personam,* u. zw. der *in ius conceptae,* macht man den im § 76 hervorgehobenen Unterschied zwischen *actiones stricti iuris* und *actiones bonae fidei.* Nach klassischem Recht ist jede *actio bonae fidei* eine *actio in personam,* erst Justinian hat die *hereditatis petitio,* die eine *actio in rem* ist, zur *bonae fidei actio* erklärt, wodurch der Begriff der *bonae fidei actio* auch auf *actiones in rem* angewendet wurde.

2. Die *actio aquae pluviae arcendae* (§ 59) ist eine *actio in personam,* da sie eine quasikontraktliche Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers (Zustandsobligation) geltend macht. Die Teilungsklagen werden als *actiones*

Schuldners kehrte *(aio te mihi dare oportere).* Wlassak in Paulys Real-Enzyklop v.: *actio, a. in pers., a. in rem*

mixtae bezeichnet, da sie *tam in rem, quam in personam* seien. In Wirklichkeit sind sie *actiones in personam*, nur mit dinglicher Grundlage und Adjudikationsbefugnis des Richters. Inwiefern die *actio finium regundorum pro vindicatione rei* ist, ergibt sich aus § 59.

III. Von der Einteilung der *actiones* in *actiones poenales, rei persecutoriae* und *mixtae* war bereits im § 93 die Rede. Hier soll nur noch folgendes berührt werden:

1. Die Pönalklagen stehen entweder nur dem Verletzten (z. B. die *actio furti)* oder jedem aus dem Volke zu. Im letzteren Falle bezwecken sie Wahrung öffentlicher, namentlich polizeilicher, Rücksichten, die dadurch der Obhut der Bürger unterstellt werden. Diese Klagen sind die *actiones populares*, der einzelne Bürger klagt *procuratorio nomine* des *populus;* die Kondemnation erfolgt auf Zahlung an den *populus* oder an den *populus* und den Kläger, dem dadurch eine Belohnung zugewendet werden soll. Das Nähere bestimmt die Spezialnorm auf der die konkrete Popularklage beruht.

2. Schon bei den possessorischen Interdikten wurde die Duplizität der Klagen gestreift. Auch die *actiones* sind entweder *duplices* oder *simplices*. Die Regel ist die *actio simplex*, deren Wesen darin besteht, daß die Parteirollen streng geschieden sind, die eine Partei ist der Kläger, die andere der Beklagte; nur die letztere kann in der Hauptsache verurteilt werden. Die Ausnahme ist die *actio duplex*, d. h. eine solche Klage, auf Grund welcher jede Partei kraft Rechtens die Rolle des Klägers und des Beklagten hat, so daß jede auch in der Hauptsache verurteilt werden kann. Solche *actiones duplices* sind die drei Teilungsklagen, außerdem sind *duplicia* in diesem Sinne das *interdictum uti possidetis* und das *interdictum utrubi*.

§ 162.

Die *exceptio*.

Gai. IV, 116—129.

Die *exceptio* ist ein Zusatz zur Formel behufs Abwehr der Verurteilung des Beklagten trotz Richtigkeit der *intentio*.

Gewöhnlich, wenn auch keineswegs notwendig,*) wird ein solcher Zusatz auf Antrag des Beklagten, behufs Berücksichtigung eines von ihm geltend

*) Denn manche *exceptiones* können auch ohne Antrag der Partei (des Beklagten) also von amtswegen, vom Magistrat in die Formel eingefügt werden. Als solche führt man an, die *exceptio legis Plaetoriae* (§ 36), die *exceptio S. C. Vellaeani* (§ 83) und ganz besonders auch die *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* (§ 164). Der leitende Gesichtspunkt hiefür dürfte der gewesen sein, daß solche *exceptiones* allenfalls auch von amtswegen in die Formel aufzunehmen waren, welche Wahrung eines öffentlichen Interesses *(utilitas publica)* bezweckten. Allerdings werden auch diese *exceptiones* zumeist vom Beklagten zum Schutz gegen die Klage beantragt werden; allein auch wenn das nicht geschieht, sondern beim Magistrat anderweitig der „Verdacht" ihrer Begründung auftaucht, muß er sie in die Formel einstellen. Schon aus der Möglichkeit einer solchen

gemachten Verteidigungsumstandes, in die Formel vom Magistrat aufgenommen werden. Dies führt uns auf die Verteidigung des Beklagten gegen die Klage.

Um diese anschaulich zu machen, betrachten wir vorerst solche Fälle, in denen der Kläger Ansprüche geltend macht, für welche eine *formula in ius concepta* im Edikt proponiert ist. Beispielsweise: er erhebt eine Klage auf Rückzahlung eines Gelddarlehens und verlangt Ausfertigung der hierauf anwendbaren ediktsmäßigen Formel: *Si paret N^m N^m A^o A^o centum dare oportere* usw. Verteidigt sich der Beklagte dieser Klage gegenüber dadurch, daß er den Empfang der Darlehensvaluta leugnet, oder dadurch, daß er Rückzahlung derselben, Novation der Darlehensschuld usw., behauptet, so kann er es ruhig auf die Erteilung vorstehender Formel ankommen lassen. Denn alles das, was der Beklagte zu seiner Verteidigung geltend macht, schließt, wenn es überhaupt wahr ist, sein *dare oportere* aus. Denn hat er, wie er behauptet, kein Darlehen bekommen, so ist das vom Kläger geltend gemachte *dare oportere* gar nicht entstanden (§ 85), hat er den Darlehensbetrag zurückgezahlt, hat er die Darlehensobligation noviert, so ist sein durch das Darlehen begründetes *dare oportere* nach *ius civile ipso iure* wieder aufgehoben worden (§ 103), so daß es jetzt nicht mehr besteht. Folgeweise hat Beklagter, immer vorausgesetzt, daß der von ihm geltend gemachte Verteidigungsumstand sich als richtig erweist, von der vorstehenden Formel nichts zu befürchten, da unter dieser Vorraussetzung die Bedingung des dem Richter erteilten Kondemnationsbefehls, d. h. sein *dare oportere*, nach *ius civile* ja gar nicht zutrifft. Bei solcher Verteidigung ist daher ein Zusatz zur Formel im Interesse des Beklagten gar nicht notwendig. Der Richter hat schon nach dieser Formel *in iudicio* zu prüfen, ob das in vorstehender *intentio* erwähnte *dare oportere* des Beklagten besteht, und daher laut dieser *intentio* alle Momente zu würdigen, welche nach *ius civile* das *dare oportere* ausschließen bezw. aufheben, also auch die obigen. Alle diese kann daher der Beklagte schon zufolge der normalen Fassung der Formel noch *in iudicio* geltend machen. Anders stellt sich die Sache dann, wenn sich der Beklagte z. B. auf ein mit dem Kläger betreffs der Darlehensforderung geschlossenes *pactum de non petendo* (§ 103) beruft oder geltend macht, daß das Darlehen gegen das *S. C. Macedonianum* verstoße (§ 85) usw., denn diese Umstände heben, selbst wenn sie richtig sind, das *dare oportere* des Beklagten *ipso iure* nicht auf, bezw. schließen es nicht aus, vielmehr besteht dasselbe trotz ihrer Richtigkeit *iure civili* noch immer fort (§ 103). Würde der Beklagte bei dieser Verteidigung es bei der Erteilung der gewöhnlichen Formel bewenden lassen, so würde er, falls er nur wirklich das Darlehen erhalten hat, trotz Richtigkeit seiner Verteidigungsumstände, doch kondemniert werden.

---

amtswegigen Aufnahme der *exceptio* ergibt sich, daß die Begriffe *exceptio* und Einrede nicht identisch sind, da man als Einrede doch nur eine solche *exceptio* bezeichnen kann, die über Antrag des Beklagten zum Zweck seiner Verteidigung aufgenommen wird.

Trotz ihrer Richtigkeit könnte nämlich der *iudex* diese Umstände nicht berücksichtigen, denn da er in der Formel angewiesen wird zu kondemnieren: *si paret N^m N^m A^o A^o centum dare oportere*, dieses *dare oportere* aber doch keinen dieser Umstände ausgeschlossen oder aufgehoben wird, so ist, falls nur das Darlehen dem N^s N^s gegeben worden ist, die Bedingung des Kondemnationsbefehls jedenfalls existent, und muß daher Kondemnation des Beklagten erfolgen, ohne daß der Richter sich auch nur auf die Erhebung der erwähnten Verteidigungsumstände einlassen dürfte; sie sind einfach bei obiger Formelfassung irrelevant und können deshalb *in iudicio* nicht berücksichtigt werden. Sollen sie daselbst Berücksichtigung finden, so muß der Beklagte schon im Verfahren *in iure* dahin wirken, daß in die Formel ein Zusatz aufgenommen werde, der den Richter anweist, auch diese Umstände, obwohl sie das *dare oportere* selbst nicht beeinflussen, doch zu berücksichtigen, und falls sie sich *in iudicio* als zutreffend ergeben sollten, den Beklagten trotz Richtigkeit des in der *intentio* erwähnten *dare oportere* ausnahmsweise nicht zu kondemnieren. Dieser Zusatz zur Formel ist die *exceptio*. Mit diesem Zusatz lautet dann die Formel im Falle der Berufung des Beklagten auf das *pactum de non petendo* folgendermaßen:

Titius iudex esto.
Si paret N^m N^m A^o A^o centum dare oportere,
si non inter A^m A^m et N^m N^m convenit, ne ea pecunia peteretur,
iudex, N^m N^m A^o A^o in centum condemna s. n. p. a.

Ist die Formel mit solchem Zusatz *(exceptio)* erteilt, so ist jetzt der Richter, nachdem er sich von der Richtigkeit der *intentio* überzeugt hat, der Kläger also ihm die Zuzählung des Darlehensbetrages an den Beklagten bewiesen hat, gehalten, auch noch die Frage zu prüfen, ob das vom Beklagten behauptete *pactum de non petendo* wirklich geschlossen worden sei. Findet er dies zufolge Beweises des Beklagten, so muß er gemäß der *exceptio* trotz Richtigkeit der *intentio* den Beklagten absolvieren, also den Kläger abweisen.

Im Wesen der gleiche Vorgang wiederholt sich, falls der Kläger Erteilung der Formel der *rei vindicatio* beansprucht. Auch hier kann es der Beklagte ruhig bei der Erteilung der gewöhnlichen Formel bewenden lassen, wenn seine Verteidigung z. B. darin besteht, daß er den Erwerb des Eigentums durch den Kläger leugnet oder sich darauf beruft, daß er selbst kraft der Ersitzung oder kraft eines anderen Erwerbsgrundes Eigentümer der Sache sei. Denn ist die so geartete Verteidigung des Beklagten richtig, so ist in jedem dieser Fälle das in der *intentio* erwähnte *rem actoris esse* nicht wahr, folgeweise versagt die Bedingung des Kondemnationsbefehls und muß wieder Absolution des Beklagten eintreten. Aber auch dieser Klage gegenüber wird besonderer Formelzusatz notwendig, wenn sich der Beklagte darauf beruft, daß ihm an der vindizierten Sache ein *ususfructus* zustehe, oder daß Kläger selbst, bevor er Eigentümer der Sache geworden ist, ihm dieselbe

verkauft und tradiert habe (§ 57). Denn keiner dieser Umstände vermag das Eigentum *iure civili* auszuschließen oder aufzuheben; trotz derselben kann daher der Kläger Eigentümer der Sache sein, trotz derselben müßte daher der Richter, wenn Kläger sein Eigentum beweist, nach der Logik der Formel den Beklagten zur Herausgabe der Sache auffordern, bezw. auf das Geldinteresse kondemnieren, wenn ihn nicht die Formel durch besonderen Zusatz anweist, auch diese Umstände zu berücksichtigen. Daher ist auch diesbezüglich besonderer Formelzusatz, mit a. W. eine *exceptio* notwendig, wenn diese Verteidigungsumstände überhaupt *in iudicio* gewürdigt werden sollen. Die Formel lautet dann:

Titius iudex esto.
Si paret fundum Cornelianum ex I. Q. A^i A^i esse,
extraquam si ea res N^o N^o ususfructus nomine tradita est (oder *si non A^s A^s hunc fundum N^o N^o vendidit et tradidit),*
nisi arbitratu tuo restituetur,
quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex, N^m N^m A^o A^o condemna s. n. p. a.

Findet der Richter jetzt auf Grund dieser Formel, daß der Kläger Eigentümer der Sache sei, so darf er gegen den Beklagten nicht sofort das *arbitrium de restituendo* erlassen und ihn dann daraufhin kondemnieren, sondern muß erst prüfen, ob Beklagter den von ihm behaupteten Ususfruktus an der Sache habe, oder ob die Voraussetzungen der von ihm vorgeschützten *exceptio rei venditae et traditae* zutreffen. Ist das der Fall, so muß er nach Vorschrift dieser Formel den Kläger trotz seines Eigentums abweisen. Ähnlich verhält es sich dann, wenn Beklagter sich der *Publiciana in rem actio* gegenüber auf sein Eigentum oder auf eigenen Usukapionsbesitz beruft. Auch diese Verteidigungsumstände schließen die Richtigkeit der *intentio* der *Publiciana* nicht aus, folgeweise kann der Richter auch sie nur dann berücksichtigen, wenn eine diesbezügliche *exceptio* in die Formel aufgenommen ist (§ 58).

Die geschilderte Verschiedenheit der Verteidigung, bald bloße Negation der *intentio*, bald *exceptio*, finden wir auch bei den *actiones in factum* wieder. Macht nämlich der Kläger einen Anspruch geltend, für welchen eine *actio in factum* besteht, stellt er z. B. die *hypothecaria in rem actio* an, so kann sich Beklagter wieder zunächst dadurch verteidigen, daß er die Unrichtigkeit des einen oder anderen tatsächlichen in der *intentio* genannten Umstandes geltend macht, z. B. behauptet, daß es an dem Moment der *pecunia debita* seinerzeit gefehlt habe, daß eine Verpfändung nicht erfolgt oder doch nicht von dem vorgenommen worden sei, dem die Sache damals gehörte, oder geltend macht, daß die Pfandschuld mittlerweile gezahlt oder andere Befriedigung geleistet worden sei usw. In jedem dieser Fälle ist, wenn die Behauptung des Beklagten sich als richtig herausstellt, die *intentio* der *hypothecaria in rem actio* nicht begründet, insbesondere gilt das auch im Falle der letzterwähnten Verteidigung. Denn ist wirklich, wie

der Beklagte behauptet, *solutum* oder *satisfactum*, so fehlt es an der in der *intentio* der *hypothecaria actio* enthaltenen negativen Kondemnationsvoraussetzung: *eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse* (§ 69), und muß daher schon mangels der Richtigkeit der *intentio* Absolution des Beklagten eintreten. Ein besonderer Formelzusatz ist solcher Verteidigung wegen auch nicht notwendig, derselbe würde einfach auf einen Pleonasmus hinauslaufen, mit a. W. das wiederholen, was ohnedies schon in der Formel steht.*) Aber auch hier stellt sich die Sache anders, wenn der Beklagte sich der *hypothecaria actio* gegenüber z. B. darauf beruft, daß ihm selber auch ein Pfandrecht an der Sache zustehe. Denn dadurch wird keiner der in der *intentio* genannten tatsächlichen Umstände positiver wie negativer Art ausgeschlossen; trotz Pfandrechtes des Beklagten kann es doch wahr sein, daß die Sache seinerzeit dem Kläger verpfändet worden sei, daß nicht gezahlt worden sei usw. Folgeweise müßte trotz solcher Verteidigung auf Grund der gewöhnlichen Formel doch Kondemnation des Beklagten erfolgen, wenn sich *in iudicio* die Richtigkeit der in der *intentio* enthaltenen Tatsachen herausstellt. Soll diese Kondemnation infolge der erwähnten Verteidigung ausgeschlossen werden, so muß Beklagter auch hier schon *in iure* einen besonderen Formelzusatz erwirken, der den Richter anweist, trotz Richtigkeit der *intentio* dann nicht zu kondemnieren, wenn die Verteidigung des Beklagten: eigenes Pfandrecht an der Sache, richtig sein sollte. Mit solcher *exceptio* versehen, lautet die Formel der Hypothekarklage dann folgendermaßen:

Titius iudex esto.

Si paret inter A^m A^m *et L. Titium convenisse, ut fundus Cornelianus q. d. a.* A^o A^o *pignori hypothecaeve esset, propter pecuniam debitam, eumque fundum cum conveniebat in bonis L. Titii fuisse, eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per* A^m A^m *stare quominus solvatur,*

si non N^o N^o *ante quam* A^o A^o *fundus Cornelianus pignoris hypothecaeve nomine sit obligatus,*

nisi fundus Cornelianus arbitratu tuo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N^m N^m A^o A^o *condemna s. n. p. a*

So ergeben sich uns zwei Verteidigungsarten des Beklagten: Negation der *intentio* einerseits, *exceptio* anderseits.**) Letztere ist in formeller Hin-

*) Aus diesem Grunde ist auch die sog. *exceptio vitiosae possessionis* (§ 42), keine *exceptio*, weil das *interdictum* schon nach seiner normalen Fassung Schutz nur dem gewährt, welcher *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario* besitzt. Folgeweise ist die sog. *exceptio vitiosae possessionis* nur die Negation einer negativen Interdiktsvoraussetzung.

** Der Einfachheit wegen wurde bisher angenommen, daß Beklagter entweder die eine oder die andere Verteidigungsart gebraucht. Er kann aber auch beide Verteidigungsarten kombinieren, z. B. das Eigentum des Klägers leugnen (Negation) und eigenen Ususfruktus an der Sache behaupten (*exceptio*). Dann hat letztere Verteidigung nur eventuelle Bedeutung für den Fall, daß Kläger trotz der Negation noch Eigentümer sein sollte.

sicht immer eine Ausnahme vom Kondemnationsbefehl — daher der Name *exceptio* —, da ihr zufolge der Richter trotz Richtigkeit der *intentio* dann nicht kondemnieren darf, wenn sich die vom Beklagten *in iure* erwirkte *exceptio* als begründet herausstellt oder mit a. W. nur dann kondemnieren darf, wenn die *intentio* richtig, die *exceptio* dagegen unrichtig ist.*) Jede *exceptio* wird vom Prätor noch im Verfahren *in iure* dadurch gewährt, daß er sie in die Formel einstellt, sie ist somit immer eine prätorische Rechtshilfe. Die Form der *exceptio* war eines der Mittel, welches der Prätor benützte, um solche zivile Ansprüche, die er mißbilligte, zu entkräften (Beispiel: *exceptio metus* gegen das erzwungene, trotz des Zwanges aber *iure civili* giltige Geschäft, § 20), so daß der Gegensatz des prätorischen Rechtes zum *ius civile* gerade in ihr häufig seinen Ausdruck fand. Nachdem aber die *exceptio* einmal Prozeßorgan geworden war, bediente sich auch das *ius civile* derselben, indem *leges* und Senatuskonsulte den Prätor anwiesen, unter gewissen Voraussetzungen *exceptiones* in die Formel aufzunehmen. Beispiele solcher in Ausführung ziviler Satzungen aufgestellter *exceptiones* sind: die *exceptio legis Plaetoriae* (§ 36), *legis Cinciae* (§ 92), *S. C. Macedoniani* (§ 85), *S. C. Vellaeani* (§ 83). Das ediktsmäßige Blankett für solche, Satzungen des *ius civile* realisierende, *exceptiones* lautete: *si in ea re nihil contra legem . . ., senatusconsultum . . . factum est.* So wie die Klagen hatte nämlich der Prätor auch die gangbaren *exceptiones* in ständiger Fassung im Edikt proponiert, in welcher sie dann von ihm in die Formel eingefügt wurden. Doch wurden nach Bedarf und Ermessen des Prätors auch andere nicht ständige *exceptiones* gewährt und Modifikationen der ständigen vorgenommen. Eine hervorragende Wichtigkeit unter den ständigen *exceptiones* hat die *exceptio doli*, welche in ihrer ediktsmäßigen Fassung lautete: *si in ea re nihil dolo malo A^i A^i factum sit neque fiat.* Dieser gemäß muß der Richter einmal jeden *dolus* berücksichtigen, den sich der Kläger früher, (d. h. vor der Litiskoutestation), insbesondere bei Abschluß des Geschäftes, aus dem er klagt, zuschulden kommen ließ (darauf bezieht sich das *factum sit* und die gangbare Bezeichnung *exceptio doli praeteriti*), weiter aber auch jeden *dolus* würdigen, den der Kläger jetzt, d. h. durch die Klageanstellung, bzw. im Moment der Litiskontestation, begeht (darauf bezieht sich das *fiat* und die Bezeichnung *exceptio doli praesentis*). Einen solchen *dolus praesens* begeht z. B. der, welcher Klage erhebt, obwohl er weiß, daß seiner Klage irgend eine andere *exceptio* (z. B. *exceptio pacti*) entgegensteht. Dieser Klage gegenüber kann dann der Beklagte entweder die *exceptio pacti* oder die *exceptio doli* gebrauchen, so daß letztere mit jeder *exceptio* konkurrieren kann, weshalb sie auch *exceptio doli generalis* heißt (im Gegensatz dazu heißt dann die *exceptio doli praeteriti* auch *exceptio doli specialis*). Weiter ist diese *exceptio* z. B. dann zulässig, wenn Kläger, der die *rei vindicatio* anstellt, dem Beklagten die auf die Sache gemachten *impensae necessariae*, bzw. *utiles*,

*) Daher die schon aus den vorstehenden Beispielen ersichtliche verschiedene Fassung der *exceptio*, bald mit *extraquam si*, bald mit *si non*.

nicht ersetzen will (§ 57), desgleichen wenn der Kläger eine *ipso iure* begründete Klage gegen die Intention des ihr zugrunde liegenden Geschäftes geltend macht. *A* will dem *N* 1000 kreditieren und läßt sich deshalb vorher 1000 von *N* durch Verbalkontrakt versprechen. In Erwartung der Zuzählung des Geldes promittiert *N* dem *A* die 1000 und wird dadurch nach den Grundsätzen des Verbalkontrakts sofort Schuldner des *A* (§ 82). Klagt ihn aber dieser aus der *verborum obligatio*, ohne ihm vorher die bedungene Valuta zugezählt zu haben, so handelt er dadurch gegen die Geschäftsberedung, also dolos. Beklagter kann sich daher gegen diese Klage durch *exceptio doli* schützen. So war die *exceptio doli* das Mittel, den Gedanken der *bona fides* auch im *stricti iuris iudicium* zur Geltung zu bringen. Bei *bonae fidei iudiciis* war der Beklagte gegen derartige Vorgänge schon durch die *intentio* geschützt, da dieser zufolge der Richter nur auf das kondemnieren durfte, *quidquid N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona* (§ 76), daher nicht auf das, was vom Kläger nur dolos beansprucht werden kann. Deshalb war bei diesen Klagen eine *exceptio doli* nicht notwendig. Darauf bezieht sich der Satz: *exceptio doli bonae fide iudiciis inest.**)

Die Wirkung der *exceptio* ist, wie wir gesehen haben, nach der ganzen Logik der Formel Abweisung der Klage oder Absolution des Beklagten trotz Richtigkeit der *intentio.***) Gegen diese Wirkung kann sich der Kläger dadurch schützen, daß er sich der *exceptio* gegenüber ebenso benimmt, wie der Beklagte der *actio* gegenüber. Er kann daher entweder die *exceptio* negieren, d. h. Umstände geltend machen, welche die *exceptio* als unbegründet erscheinen lassen, oder solche Behauptungen ihr entgegenstellen, welche die *exceptio* trotz ihrer Richtigkeit doch entkräften. Im letzteren Falle ist behufs Aufrechthaltung der Wirkung der Klage ein weiterer die *exceptio* entkräftender Formelzusatz notwendig; diese *exceptio exceptionis* heißt *replicatio*. Beispielsweise lautet dann die Formel der *Publiciana in rem actio* folgendermaßen:

Titius iudex esto.
Si quem hominem A^s A^s emit et is ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem ex I. Q. A^i A^i esse oporteret,
extraquam si is homo N^i N^i est,
aut si in ea re dolo malo N^i N^i aliquid factum sit sive fiat,
nisi arbitratu tuo restituetur, iudex, quanti ea res erit, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o condemna s. n. p. a.

---

*) Über Exzeptionen im Legisaktionenprozesse sagt Gaius IV. 108: *nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum.* Verteidigungen des Beklagten, die im Formularprozesse zu *exceptiones* führten und die oben geschilderte Wirkung hatten, konnten auch im Legisaktionenprozesse vorkommen, unterlagen aber dort nicht der Kognition des Richters, sondern des Magistrates und führten, wenn sie von diesem als begründet erkannt wurden, zur *denegatio legisactionis*. S. Wlassak, Der Ursprung der röm. Einrede. 1910,

**) Inwiefern die *exceptio doli* (*generalis*) als Kompensationsmittel verwendet wurde, darüber siehe § 103.

Hier wird der *exceptio dominii* des Beklagten N^s N^s die *replicatio doli* entgegengesetzt, etwa darauf gestützt, daß Beklagter selbst seinerzeit den Sklaven dem A^s A^s verkauft habe. Ebenso hätte Kläger in diesem Falle die *replicatio rei venditae et traditae* verwenden können.

Der gleiche Vorgang kann sich der *replicatio* gegenüber wiederholen, dies führt zu weiterem Formelzusatz im Interesse des Beklagten: *duplicatio*, welche Entkräftung der begründeten *replicatio* bezweckt. Dieser gegenüber ist wieder *triplicatio* möglich usw.

§ 163.

Die Interdikte.

Gai. VI. 138—170.

Rechtshilfe wurde nicht bloß durch *actiones*, sondern auch durch *interdicta* gewährt. Diese gehörten zu den ältesten Mitteln rein prätorischer Rechtshilfe, welche wohl schon zur Zeit der *legis actiones* Anwendung fanden. Der Kreis der Sachen, welche durch Interdikte geschützt wurden, war ein weiter, es waren nicht bloß öffentliche und sakrale Interessen, wie z. B. die Verhältnisse an öffentlichen Wegen, Flüssen, *res sacrae (interdictum ne quid in loco sacro religioso sancto fiat, interdictum de mortuo inferendo et sepulcro aedificando, interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat, interdictum ut via publica itinereve publico ire agere liceat, interdictum ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* u. a.), sondern auch rein private Interessen, derentwegen *interdicta* platzgriffen. Letztere sind die *interdicta rei familiaris causa*, zu denen die possessorischen Interdikte (§ 42), das *interdictum Salvianum* (§ 69), das *interdictum quorum bonorum* (§§ 127, 146) u. a. m. gerechnet wurden.

Jedes Interdikt besteht in einem Gebot *(decretum)* oder Verbot *(interdictum* im engeren Sinne) des Prätors, das dieser auf Antrag einer Partei gegen den *in iure* anwesenden Gegner erläßt. Wahrscheinlich war Gebot wie Verbot ursprünglich ein unbedingtes, welches der Prätor von Fall zu Fall erst nach vorangegangener Untersuchung des Sachverhaltes aussprach. Später war das jedenfalls anders. Zur Zeit des ausgebildeten Interdiktenverfahrens war der Vorgang nicht mehr der, daß der Prätor erst untersuchte und feststellte, ob die Voraussetzungen, von denen er sein Gebot oder Verbot abhängig machen wollte, wirklich vorlägen und daraufhin das Gebot oder Verbot unbedingt aussprach, sondern vielmehr der, daß Gebot und Verbot von ihm sofort ohne vorherige Untersuchung, aber nur hypothetisch, d. h. für den Fall erlassen wurden, daß diese Voraussetzungen wirklich vorliegen. Folgeweise wirken Gebot und Verbot jetzt immer nur dann, wenn diese Voraussetzungen auf Seiten dessen, an den das Interdikt gerichtet ist, wirklich zutreffen. Kommt dieser dem jetzt bloß hypothetischen Interdikt nicht nach, so gefährdet ihn diese Nichtbeachtung nur

dann, wenn die Voraussetzungen des hypothetischen Befehls oder Verbotes auf seiner Seite vorliegen. Ob dies der Fall ist oder nicht, steht jetzt noch nicht fest, sondern wird erst durch ein weiteres u. zw. gerichtliches, an das *interdictum* sich anschließendes Verfahren festgestellt, das es bloß mit der Frage zu tun hat, ob Adressat durch Unterlassung des ihm hypothetisch Aufgetragenen wirklich gegen das Interdikt gehandelt habe oder nicht, mit anderen Worten, dem Befehl des Prätors gegenüber ungehorsam gewesen sei oder nicht. Also z. B. *A* ist als Besitzer eines Grundstückes vom *B* dejiziert worden. Folgeweise verlangt er vom Prätor Ausspruch des *interdictum de vi* gegen den *B*. Daraufhin untersucht der Prätor nicht erst, ob *A* Besitzer des Grundstückes war, ob *B* ihn aus dem Besitz vertrieben habe, sondern spricht sofort ohne vorgehende Untersuchung das Interdikt aus: *Unde...tu (B) illum (A) vi deiecisti...cum ille (A) possideret...eo illum (A)...restituas* (§ 42). Restituiert jetzt *B* sofort, so ist die Sache abgemacht, restituiert *B* dagegen nicht, so verstößt er dadurch nur dann gegen das Interdikt, wenn er den *A* zu der Zeit, wo dieser Besitzer war, wirklich aus dem Besitz dejiziert hat. Ob das der Fall ist oder nicht, steht jetzt noch nicht fest, sondern soll eben erst durch nachfolgendes gerichtliches Verfahren festgestellt werden.

Dieses Verfahren wird regelmäßig durch *sponsio* und *restipulatio*, ausnahmsweise durch *formula arbitraria* eingeleitet.

A. Beim Sponsionsverfahren verpflichtet sich *B* durch *sponsio* dem *A* zu einer Konventionalstrafe für den Fall, daß er durch Nichtrestitution gegen das soeben erlassene Interdikt verstoße, während sich für den entgegengesetzten Fall wieder *A* dem *B* durch *restipulatio* zu einer gleichen Strafsumme verpflichtet. Auf diese Konventionalstrafen wird jetzt *per formulam*, von Seite des *A* aus der *sponsio*, von Seite des *B* aus der *restipulatio*, geklagt. Beide Klagen sind in ihrem Resultat davon abhängig, ob *B* wirklich den *A* aus dem Besitz dejiziert hat. Dies ist die *condicio in praeteritum collata* der *sponsio*, das Gegenteil wieder die *condicio in praeteritum collato* (§ 21) der *restipulatio*. Unterliegt *B*, so wird er aus der *sponsio* auf Zahlung der Sponsionssumme an den *A* verurteilt und muß außerdem dem *A* das Interesse leisten, welches dieser an der Restitution des Besitzes hat. Unterliegt dagegen *A*, stellt sich mit a. W. die von ihm erhobene Beschuldigung des *B* als eine grundlose heraus, so wird er zur Zahlung der Restipulationssumme an den *B* verurteilt.

B. Bei der zweiten Art des Verfahrens wird eine *formula arbitraria* (§ 160) erteilt, durch welche der Richter beauftragt wird, dann, wenn die Voraussetzungen des Interdikts auf Seite des *B* vorliegen, diesen zur Naturalrestitution aufzufordern, beziehungsweise, wenn diese Aufforderung erfolglos bleibt, diesen auf das Geldinteresse zu kondemnieren.

Auch die Interdikte waren ihrem Tenor nach im Edikt proponiert, so daß es sich *in concreto* nur um Anwendung des Interdiktsblanketts auf

den einzelnen Fall handelte. Diese Anwendung erfolgte dadurch, daß der Prätor das Interdikt auf Antrag des Klägers in der früher erwähnten Weise mündlich *in iure* in Anwesenheit beider Parteien aussprach. Dieser *in iure* vorzunehmende Akt wurde als das *reddere interdictum* bezeichnet; mit der Vollendung desselben in das *interdictum redditum* (§ 42). Hiemit ist im Interdiktenverfahren das Prozeßstadium eingetreten, welches im Wesen der *litiscontestatio* bei den *actiones* entspricht. Insbesondere ist die Frage, ob die Voraussetzungen des hypothetisch gefaßten Interdikts vorliegen oder nicht, ob also z. B. durch Nichtrestitution gegen das *interdictum de vi* gehandelt worden sei, nach diesem Zeitpunkt zu beurteilen (§ 42).

Die Interdikte, welche ein Gebot aussprechen, sind nach dem Inhalt desselben entweder restitutorische (z. B. das *interdictum de vi, de precario, quorum bonorum* u. a.) oder exhibitorische (z. B. *interdictum de liberis exhibendis*), während die Interdikte, welche ein Verbot *(vim fieri veto)* aussprechen, prohibitorische sind (z. B. das *interdictum uti possidetis, utrubi* u. a.). Nur bei restitutorischen und exhibitorischen Interdikten war das vorerwähnte Verfahren *per formulam arbitrariam* zulässig, trat aber auch hier nur dann ein, wenn der Beklagte *antequam ex iure excat* Erteilung solcher Formel verlangte. Unterließ er dies, so blieb es auch bei diesen Interdikten bei dem regelmäßigen riskanten Sponsionsverfahren. Bei prohibitorischen Interdikten war nur dieses letztere zulässig und gestaltete sich besonders kompliziert bei den *interdicta duplicia: uti possidetis* und *utrubi*. Denn da hier jede Partei Kläger und Beklagter zugleich war, so mußte jede Partei dieser Doppelrolle entsprechend *sponsio* und *restipulatio* leisten.

Im klassischen Recht werden die *interdicta* wegen des andeutungsweise geschilderten eigentümlichen, keineswegs summarischen, Prozeßganges von den *actiones* unterschieden. Im Justinianischen Recht ist dieses eigentümliche Interdiktenverfahren weggefallen. Das Interdikt wird jetzt nicht mehr für den einzelnen Fall ausgesprochen *(reddere interdictum)*, sondern erscheint nur mehr als ein Rechtssatz, auf den gestützt, im Falle des Zuwiderhandelns, jetzt *actio* erhoben wird. Daß gewisse Klagen, wie z. B. die Besitzklagen u. a., auch jetzt noch Interdikte heißen, hat nur den historischen Grund, daß sie früher *interdicta* waren.

§ 164.

Prozessualische Konsumption und Rechtskraft des Urteils.

Gai. III, 180—181; IV, 103—109; l. 29 D. de nov. XLVI, 1.

I. Mit der Litiskontestation ist *actum*, hiemit ist die zuständige Klage verbraucht (konsumiert), so daß jede Wiederholung derselben Klage ausgeschlossen ist *(bis de eadem re ne sit actio)*.*) Wird sie doch versucht,

*) Von anderen Wirkungen der Litiskontestation, insbesondere von der dadurch

so steht der wiederholten Klage die *exceptio rei in iudicium deductae* entgegen. Mitunter wirkte aber die Litiskontestation auch *ipso iure,* so daß im Falle wiederholter Klage die konsumierende Wirkung der Litiskontestation nicht durch *exceptio,* sondern durch Negation geltend gemacht wurde. Das war im Legisaktionenprozeß immer, im Formularprozeß dagegen nur dann der Fall, wenn es sich um eine *actio in personam in ius concepta* handelte, welche vor ein *iudicium legitimum* verwiesen war. *Legitimum iudicium* ist dasjenige, welches zwischen römischen Bürgern unter einem *iudex* in Rom selbst oder *intra primum urbis miliarium* angeordnet war. Jedes andere *iudicium* war ein solches: *quod imperio continetur.* Im Falle eines *legitimum iudicium* wird das zivile *dare* oder *dare facere oportere* durch die Litiskontestation, wie die römischen Juristen sagen, in ein *condemnari oportere* verwandelt, welches schließlich wieder durch das kondemnatorische Urteil in das *iudicatum facere oportere* übergeht. Diese Umwandlung bezeichnen manche römische Juristen als Novation, indem sie sagen, daß eine solche nicht nur *stipulatione (novatio voluntaria* mit *animus novandi,* § 103 *C.),* sondern auch *iudicio* oder *litiscontestatione* (ohne *animus novandi,* kraft Rechtsnotwendigkeit, sog. *novatio necessaria*) bewirkt werde. Diesbezüglich muß aber sofort bemerkt werden, daß in dem geschilderten Vorgang in Wirklichkeit keine Novation gelegen ist; denn es tritt hier nicht eine neue Obligation an die Stelle der alten, vielmehr tritt die bereits bestehende Obligation in eine neue Phase der Entwicklung und Fortbildung, die sie normaler Weise durchmachen muß, wenn sie durch die *actio iudicati* exequierbar werden soll. Die *actio emti* z. B. wird durch die Litiskontestation zum *iudicium emti,* welches im Falle der Kondemnation des Beklagten zum *ex iudicio emti iudicatum facere oportere* führt. Daraus ist ersichtlich, daß die Obligation in allen diesen Phasen dieselbe bleibt, daß es sich nicht sowohl um eine Umwandlung, als um einen Übergang der *obligatio emti* aus einer Phase in die andere handelt. Deshalb dauert auch das für die Obligation bestehende Pfandrecht nach Litiskontestation und Urteil fort, während die *novatio voluntaria,* weil sie die alte Obligation durch Begründung einer neuen behebt, die Erlöschung dieses Akzessoriums zur Folge hat.

II. Durch das richterliche Urteil ist der Streit entschieden. Sobald es rechtskräftig *(res iudicata)* geworden ist, ist dadurch das bisher streitige Verhältnis definitiv zwischen den Parteien festgestellt. Folgeweise ist weiterhin jede gerichtliche Geltendmachung eines dem Inhalt dieses Urteils widersprechenden Anspruches unstatthaft und wird durch die *exceptio rei iudicatae* abgeschnitten. Erhebt also z. B. der durch Urteil abgewiesene Kläger nochmals gegen den früheren Beklagten dieselbe Klage, so wird er infolge der *exceptio rei iudicatae* abgewiesen. In dieser sog.

---

bewirkten Vererblichkeit sonst unvererblicher Klagen, von ihrer Bedeutung für Ob und Umfang der Kondemnation, war gelegentlich schon in anderem Zusammenhange die Rede.

negativen Funktion steht die genannte *exceptio* im Dienst der prozessualischen Konsumption und tritt an die Stelle der früher erwähnten *exceptio rei in iudicium deductae*, welche letztere nur dann platzgreift, wenn die Klage noch vor Fällung des Urteils wiederholt wird oder das gefällte Urteil nichtig ist. Die *exceptio rei iudicatae* hat aber außerdem auch noch eine sog. positive Funktion, die darin besteht, daß dadurch auch andere dem Urteil widersprechende Ansprüche abgewehrt werden, damit die *auctoritas rei iudicatae* aufrecht erhalten werde und *finis litium* sei. Hat z. B. der Kläger *A* mittelst der von ihm gegen *B* durchgeführten *rei vindicatio* den Besitz der Sache erlangt, so steht dem früheren Beklagten *B*, wenn er jetzt als Kläger dieselbe Sache vom *A* vindiziert, auch unsere *exceptio*, und zwar in ihrer positiven Funktion entgegen. Zwar handelt es sich in dem zweiten Prozeß nicht wieder um dieselbe Klage: die *rei vindicatio* des *A* gegen den *B*, sondern um eine andere Klage, nämlich: die *rei vindicatio* des *B* gegen den *A*, allein trotzdem doch wieder um dieselbe bereits entschiedene Rechtsfrage *(eadem quaestio)*. Denn dadurch, daß im ersten Prozeß entschieden worden ist: *A* ist Eigentümer der Sache, ist vermöge der Exklusivität des Eigentums *implicite* mitentschieden: daher ist *B* nicht Eigentümer der Sache. Stellt daher jetzt *B* trotzdem gegen *A* wegen dieser Sache die *rei vindicatio* an, so verstößt er dadurch gegen den Inhalt des Urteils und wird behufs Wahrung der *auctoritas rei iudicatae* mittelst der *exceptio rei iudicatae* zurückgewiesen. Anders wäre es dann, wenn *A* im ersten Prozeß mit seiner *rei vindicatio* abgewiesen worden wäre, gleichwohl aber später irgendwie den Besitz der Sache erlangt hätte. Stellte jetzt *B* gegen ihn die *rei vindicatio* an, so hätte er eine *exceptio rei iudicatae* nicht zu befürchten. Denn dadurch, daß *A* abgewiesen ist, ist nur entschieden, daß er nicht Eigentümer der Sache sei. Darüber, ob *B* Eigentümer der Sache ist oder nicht, ist hiemit noch nicht entschieden, dies ist eine ganz andere Rechtsfrage, die gar nicht Gegenstand der Entscheidung im ersten Prozeß war. Stellt daher später *B* gegen *A* die *rei vindicatio* an, so verstößt er dadurch nicht gegen das frühere Urteil und hat die *exceptio rei iudicatae* nicht zu fürchten.

Die *exceptio rei iudicatae* war im Edikt mit der *exceptio rei in iudicium deductae* zu einer *exceptio* verbunden, welche in ihrer ediktsmäßigen Fassung lautete: *si ea res q. d. a. iudicata vel in iudicium deducta non est.* Demgemäß spricht auch Gaius nur von einer *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae.**)

---

*) Daß diese *exceptio* seitens des Magistrats auch ohne Antrag des Beklagten, somit von amtswegen, in die Formel aufzunehmen war, wurde bereits oben S. 375* bemerkt. Zwar kommt auch sie dem Beklagten zugute, da sie, wenn begründet, seine Verurteilung ausschließt; allein ihr eigentlicher Zweck ist nicht ein privatrechtlicher: Schutz des Beklagten, sondern ein öffentlich-rechtlicher: Durchführung des justizpolitischen Grundsatzes *bis de eadem re ne sit actio*, also Wahrung

§ 165.

Actiones perpetuae und *temporales.* Klagenverjährung.

Gai. IV, 110; J. *de perpet. et temp. act.* IV, 12; l. *unic. C. Th. de act. cert. temp.* IV, 14.

I. Nach älterem Recht waren die Klagen in der Regel zeitlich nicht beschränkt, also *actiones perpetuae,* so daß sie wann immer geltend gemacht werden konnten. Dies galt sowohl von den *actiones civiles,* als auch von den *actiones praetoriae.* Nur ausnahmsweise war manchen Klagen eine zeitliche Grenze gesetzt, so daß selbe bloß *ad diem* gegeben waren. Diese Klagen bezeichnete man als *actiones temporales.*

1. Solche *actiones temporales* waren schon nach älterem *ius civile* die Klagen gegen den *sponsor* und *fidepromissor,* welche auf ein *biennium* eingeschränkt waren, da *sponsor et fidepromissor biennio liberantur* (§ 83). Weiter gehörten dazu nach dem Rechte der Kaiserzeit die *querela inofficiosi testamenti,* welche binnen fünf Jahren angestellt werden mußte (§ 139), endlich die *actiones fiscales,* die längstens binnen 20 Jahren geltend zu machen waren.

2. Weit größer war die Zahl der *actiones temporales* nach magistratischem Recht (§ 8), indem viele der vom Magistrat gegebenen *actiones* und *interdicta* durch das Edikt nur innerhalb einer gewissen Zeit *(ex quo primum experiundi potestas fuit)* gewährt worden sind. Das war der Fall bei den rein prätorischen Strafklagen, wie z. B. bei der *actio vi bonorum raptorum* (nicht bei der *actio furti*), der *actio iniuriarum* u. a., ferner bei der *actio de peculio annalis,* dem *interdictum de vi,* den ädilizischen Klagen u. a. (§§ 100, 42, 87). Die Fristen, binnen welchen diese Klagen gewährt waren, betrugen nicht über einen *annus utilis, ex quo primum experiundi potestas fuit,* bei den ädilizischen Klagen auch weniger. Noch während dieser Fristen mußte die Litiskontestation über diese Klage erfolgt sein, widrigens hörte mit Ablauf der bemessenen Frist die Zuständigkeit der Klage im konkreten Fall auf. Der Wegfall derselben erschien somit nicht erst als eine Folge der Versäumnis der Klageanstellung, sondern schon als Folge des Umstandes, daß die Klage gleich von vornherein nur auf gewisse Zeit in Aussicht gestellt, mit a. W. eine befristete war.

II. Dieser Rechtszustand erfuhr eine wesentliche Änderung durch die Kaiser Honorius und Theodosius II. (424), welche bestimmten, daß auch die bisherigen *actiones perpetuae* innerhalb einer gewissen Zeit geltend

---

der prozessualen Konsumption und der *auctoritas rei iudicatae. Utilitatis publicae causa* muß der Magistrat, wenn der „Verdacht" wiederholter gerichtlicher Geltendmachung eines Anspruches auftaucht, ohne, ja selbst gegen Antrag des Beklagten unsere *exceptio* in die Formel einstellen. Desgleichen die *replicatio rei iudicatae,* falls ein bereits gerichtlich aberkannter Anspruch exzeptionsweise geltend gemacht werden sollte. Schließlich noch die Bemerkung, daß dort, wo Litiskontestation und Urteil *ipso iure* wirken (I.), auch der *iudex* dies von amtswegen berücksichtigen muß.

gemacht werden müssen, widrigens sie erlöschen *(extinguuntur)*. Die hiefür bestimmte Zeit beträgt dreißig Jahre, wurde aber später für manche Klagen (§ 73) und zu Gunsten gewisser Personen (z. B. der Kirchen und milden Stiftungen) auf vierzig Jahre erweitert. Zwei Momente sind es, welche zur Rechtfertigung dieser „Theodosischen Klagenverjährung" angeführt werden: erstens der Umstand, daß der Klageberechtigte sich in solchem Falle *iugi silentio* der Klage stillschweigend begebe (Verzichtselement), und zweitens der Umstand, daß er infolge der *desidia*, die er durch Nichtanstellung der Klage während so langer Zeit betätigte, den Verlust der Klage auch verdiene (Strafelement). Durch die Einführung dieser schließlich auf alle *actiones perpetuae* erstreckten Theodosischen Klagenverjährung, welche wohl schon in der ursprünglichen Gestalt der *longi temporis praescriptio* (§ 44) ihr Vorbild hatte, wurden diese Klagen nicht etwa in „befristete" in obigem Sinne umgewandelt, sie sind nach wie vor nicht bloß für eine bestimmte Zeit, sondern prinzipiell für immer gegeben, allein der Klageberechtigte, der sie binnen der gesetzten Zeit nicht geltend macht, verschweigt sich derselben durch diese Versäumnis und verliert sie zur Strafe. Es ist also nicht das Moment der Zeitlichkeit der Klage, sondern das Moment der Versäumnis, welches nach der Theodosischen Klagenverjährung den Verlust der Klage nach sich zieht. Auf die bisherigen *actiones temporales: quae antiquitus fixis temporibus limitantur* bezog sich das Theodosische Gesetz mit seinen Ergänzungsbestimmungen nicht. Trotzdem wurden aber auch auf diese Klagen die Grundsätze dieser Verjährung zur Anwendung gebracht, so daß schließlich auch die Erlöschung dieser Klagen durch Zeitablauf nicht mehr als Folge ihrer „Befristung", sondern als Folge der Versäumnis des Klägers angesehen wurde. Demgemäß sind die *actiones temporales* im Justinianischen Rechte nicht mehr prinzipiell, sondern nur durch die kürzere Verjährungsfrist von den *actiones perpetuae* unterschieden. *Actiones perpetuae* sind jetzt die Klagen, welche in 30 bis 40 Jahren verjähren, *actiones temporales* diejenigen, welche einer kürzeren Verjährungsfrist unterliegen. Infolgedessen hat die Erlöschung der Klagen durch Zeitablauf durchaus einen einheitlichen Charakter, den der Theodosischen Klagenverjährung, angenommen. Die Grundsätze dieser einheitlichen Klagenverjährung, welche, falls keine kürzere Frist statuiert ist, nach dreißig beziehungsweise vierzig Jahren vollendet ist, sind folgende:

A. Die Klagenverjährung beginnt mit der Anstellbarkeit der Klage, d. h. mit dem Tage (der als erster gezählt wird, § 24) *ex quo (actio) ab initio competit et semel nata est.* Die Frage, wann *actio competit* oder *nata* sei, beantwortet sich verschieden, je nach den Voraussetzungen der betreffenden Klage. So ist z. B. die *rei vindicatio nata*, sobald der Besitz unserer Sache in die Hand eines anderen gekommen ist (§ 57), so ist ferner die *actio depositi directa* sofort mit der Übernahme

des Depositums durch den Depositar *nata,* weil Deponent von diesem die Sache sofort und in jedem Moment wieder zurückverlangen darf (§ 85, I, *B,* 2); so ist ferner die *actio pigneraticia directa* erst *nata* mit der Tilgung der Pfandschuld (§ 85, I, *B,* 3), die *actio empti* und die *actio venditi* schon mit der Perfektion des Kaufvertrages (§ 87, *B*) usf. Denn sobald die jeder Klage eigentümlichen Voraussetzungen vorhanden sind, ist die Klage sofort anstellbar, und fällt daher dem Berechtigten, wenn er sie von da an trotzdem durch die gesetzte Zeit nicht gebraucht, die Versäumnis zur Last, welche den Verlust der Klage zur Folge hat. Eine Klage, die im konkreten Falle noch nicht begründet ist, mit a. W. noch nicht *competit,* also noch gar nicht *nata* ist, kann daher auch noch nicht verjähren, wie z. B. die *actio pigneraticia directa* vor Tilgung der Pfandschuld, die Klage aus betagter Forderung vor Ablauf des *dies* usw. Bemerkt muß noch werden, daß, wenn auch die gesetzliche *ratio* der Theodosischen Klagenverjährung in einer Versäumnis besteht, eine solche im einzelnen Falle doch subjektiv zum Beginn der dreißig- oder vierzigjährigen Verjährung nicht notwendig ist. So beginnt z. B. die Verjährung der *rei vindicatio* nicht erst an dem Tage, an welchem der Eigentümer *A* davon erfährt, daß *B* seine Sache besitze, sondern schon von dem früheren Tage, an welchem *B* diese Sache in Besitz genommen hat. Das Gesetz geht davon aus, daß Nichtanstellung der Klage während so langer Zeit jedenfalls auch subjektiv eine Versäumnis des Klageberechtigten involvieren werde. Von dieser Irrelevanz der *scientia* für den Beginn der Verjährung machen nur die *actiones* eine Ausnahme, bei denen *scientia* eine Voraussetzung ihrer Entstehung ist, bei denen mit a. W. die *actio* erst mit der *scientia* des Klägers *nata* ist, wie dies bei den *temporales actiones* der Fall ist, welche auf ein *utile tempus* eingeschränkt sind.

B. Die Klagenverjährung ist vollendet, wenn der Klageberechtigte die anstellbare Klage *(actio nata)* während der ganzen Verjährungszeit nicht erhoben hat. Anstellung der Klage bei Gericht, verbunden mit der daraufhin erfolgten Ladung des Beklagten (in nachtheodosischer Zeit nicht erst Litiskontestation), noch während der Verjährungszeit unterbricht die Klagenverjährung, sollten diese Akte auch erst am letzten Tage der Verjährungszeit vorgenommen worden sein; der Satz: *dies ultimus coeptus pro iam completo habetur* gilt hier nicht. Außerdem wird die Klagenverjährung unterbrochen durch Zinsenzahlung, Pfandbestellung, sowie durch Vornahme anderer realer Anerkennungsakte seitens des Verpflichteten. Die Unterbrechung hat die Wirkung, daß die schon abgelaufene Zeit dadurch für die Verjährung bedeutungslos wird, von der Unterbrechung an beginnt eine neue Verjährung, welche zu ihrer Vollendung den Ablauf der ganzen Verjährungszeit verlangt. Verschieden von der unterbrochenen ist die ruhende oder gehemmte Verjährung, welche darin besteht, daß ein Zeitraum in die Verjährungszeit nicht eingerechnet wird. Hier geht somit

die bis zum Eintritt des Hemmungsgrundes schon abgelaufene Verjährungszeit nicht verloren, nach Wegfall des Hemmungsgrundes lauft dann die Verjährung weiter und wird vollendet, sobald mit Hinzurechnung der vor dem Hemmungsgrund liegenden Zeit die ganze Verjährungszeit abgelaufen ist. Solche bloße Hemmung der Verjährung tritt namentlich ein wegen Unmündigkeit des Klageberechtigten. Ein zehnjähriger Knabe z. B. erwirbt als Erbe seines Vaters eine Klage, betreffs welcher bereits acht Jahre der Verjährungszeit abgelaufen sind. Sofort mit dem Erwerb tritt wegen seiner Unmündigkeit Hemmung der bereits im Zuge befindlichen Verjährung ein; dieselbe ruht jetzt solange, bis er mündig, d. i. vierzehn Jahre alt geworden ist, also durch vier Jahre. Mit der Erreichung der Mündigkeit geht die Verjährung weiter und ist vollendet, sobald die noch fehlenden 22 Jahre (8 + 22 = 30) abgelaufen sind. Die Verjährungszeit ist ein *tempus continuum; utile tempus* ist sie nur dann, wenn sie ein Jahr oder weniger beträgt (§ 24).

C. Die Rechtswirkung der Vollendung der Theodosischen Klagenverjährung besteht in der Erlöschung der Klage, genauer darin, daß selbe jetzt durch die *exceptio* oder *praescriptio*) temporis* (*XXX vel XL annorum* usw.) entkräftet werden kann. Die Klage erlischt somit durch die Klagenverjährung nicht *ipso iure,* trotz der Verjährung bleibt sie *ipso iure* noch immer zuständig und anstellbar, weil ja ihre Voraussetzungen trotz der Verjährung noch immer vorhanden sind. Der Beklagte kann sich auf Grund der Verjährung, wenn er will, durch die *exceptio temporis* gegen die Klage schützen. Daraus ist ersichtlich, daß er auf die Geltendmachung der vollendeten Verjährung verzichten kann. Dagegen kann der Eintritt der Verjährung nicht im vorhinein durch Verzicht ausgeschlossen werden, die Übereinkunft z. B., daß eine Klage unverjährbar sein solle, ist unzulässig und bedeutungslos, da die Verjährung *iuris publici* ist (§ 3, S. 5). Betreffs der Wirkung der Klagenverjährung muß hier noch folgendes hervorgehoben werden:

1. Handelt es sich um eine *actio in personam,* so wird diese durch die Verjährung ganz entkräftet: die Obligation besteht von nun an höchstens noch als *naturalis obligatio* fort.

2. Handelt es sich dagegen um eine *actio in rem,* z. B. um eine *rei vindicatio,* so wird durch die *exceptio temporis* nur die im konkreten Fall

*) Der Unterschied zwischen *exceptio* und *praescriptio (pro reo)* ist nur ein prozessualischer, da es sich materiell, da wie dort, um dieselbe Einrede handelt. Wird sie, wie das später bei allen Einreden geschah, als Ausnahme oder Bedingung des Kondemnationsbefehls gefaßt, so ist sie eine *exceptio,* wird sie dagegen, wie das früher bei gewissen Einreden der Fall war, gleich im Eingang der Formel vor der *intentio,* als Vorfrage, dem Richter zur Untersuchung gestellt, so ist sie eine *praescriptio.* Diese letztere Fassung und Stellung des der Einrede gewidmeten Formelzusatzes scheint in der Provinzialjurisdiktion gerade für die Einrede der Zeit üblich gewesen zu sein, weshalb diese Einrede auch noch in der späteren Kaiserzeit gewöhnlich als *praescriptio temporis* bezeichnet wird.

begründete *rei vindicatio* des *A* und seiner Sukzessoren (Universal- und Singularsukzessoren) gegen den Besitzer *B* und dessen Sukzessoren entkräftet. Das Eigentum des *A* erlischt dagegen durch die Verjährung der *rei vindicatio* nicht. Trotz Verjährung derselben bleibt *A* doch noch immer Eigentümer der Sache und kann als solcher die Sache auch noch immer von Jedem vindizieren, der den Besitz der Sache erlangt, ohne Rechtsnachfolger (Universal- oder Singularsukzessor) des *B* zu sein. Verliert daher z. B. *B* nach Verjährung der dem *A* gegen ihn zustehenden *rei vindicatio* die Sache und findet *C* dieselbe, so kann *A* gegen den *C* die *rei vindicatio* anstellen, ohne daß ihm von Seite desselben eine *exceptio temporis* entgegengesetzt werden könnte. Denn verjährt ist in diesem Falle nur die *rei vindicatio* des *A* gegen den *B* (und dessen Rechtsnachfolger), nicht die *rei vindicatio* des *A* gegen den *C*, welche ja erst nach der Verjährung der ersteren in dem Momente entstanden ist *(nata est)*, in welchem *C* den Besitz der Sache erlangt hat. Daraus ist auch ersichtlich, daß die Verjährung der *rei vindicatio* gegen den *B* diesen nicht zum Eigentümer der Sache macht, sie schützt ihn nur negativ gegen Abnahme der Sache durch den Eigentümer *A*, solange er *(B)* den Besitz der Sache hat. Verliert *B* denselben, so kann er die Sache kraft der bloßen Klagenverjährung nicht vindizieren, denn diese begründet keinen Eigentumserwerb, sondern entkräftet nur die gegen *B* zulässige Klage. Soll *B* Eigentümer werden und als solcher das Vindikationsrecht haben, so müssen auf seiner Seite auch noch die Erfordernisse der außerordentlichen Ersitzung vorliegen.*)

III. Die Erlöschung zuständiger Klagen durch Zeitablauf, sie mag juristisch als Folge einer Befristung (I) oder als Folge der Verjährung (II) gefaßt sein, verfolgt im Wesen immer den Zweck der Sicherung des Rechtszustandes. Ablauf der Zeit soll uns die Beruhigung verschaffen, daß wir nach Jahren, vielleicht Jahrzehnten, nicht mit Ansprüchen behelligt werden,

*) Darüber, daß die außerordentliche Ersitzung die Vollendung der Klagenverjährung voraussetzt, siehe § 56, IV. Soll sie eintreten, so muß die *rei vindicatio* gegen den juristischen Besitzer, der diesen Besitz *bona fide* erworben hat, verjährt sein. Die außerordentliche Ersitzung verlangt somit außer der Klagenverjährung noch auf Seite des Erwerbers: juristischen Besitz und *bona fides*. Diese sind Requisite der außerordentlichen Ersitzung, nicht auch der Klagenverjährung. Denn letztere tritt auch dann ein, wenn z. B. *B* die Sache als Kommodatar, Depositar usw., kurz als Detentor oder *mala fide* hat. Stellt der Eigentümer gegen ihn durch 30 Jahre die *rei vindicatio* nicht an, so ist sie in jedem dieser Fälle verjährt, ersessen hat aber *B* die Sache in keinem dieser Fälle, weil ihm entweder der juristische Besitz oder die *bona fides* fehlt. Dagegen hat die ordentliche Ersitzung (§ 56. III) mit unserer Klagenverjährung nichts zu tun. Beweis dessen schon der Umstand, daß sie längstens in 20 Jahren vollendet ist, während die *rei vindicatio* frühestens in 30 Jahren verjährt. Daß *A* nach Usukapion seiner Sache durch den *B* selbe nicht mehr vindizieren kann, ist nicht Folge der Verjährung seiner *rei vindicatio*, sondern Folge des Umstandes, daß er dadurch aufgehört hat, Eigentümer zu sein; er kann jetzt nicht mehr sagen *res mea est*, da die Sache jetzt kraft der ordentlichen Ersitzung die *res* des *B* ist.

die wir wegen Wegfalles der uns früher zu Gebote stehenden Beweismittel (z. B. wegen Todes der Zeugen, Verlustes der Urkunden usw.) jetzt gar nicht mehr widerlegen können. Deshalb wird der Klageberechtigte gehalten, längstens während eines Menschenalters (30 oder 40 Jahre) seine Klage geltend zu machen. Die Klagenverjährung verfolgt daher auf einem anderen Gebiete im Wesen denselben Zweck wie die Ersitzung. Wie diese ist auch sie *bono publico* eingeführt.

§ 166.

Die *in integrum restitutio.*

l. 1. D. *de in integ. rest.* IV, 1; l. 1. pr. § 1. l. 16. pr. D. *de minor.* IV, 4; l. 11. § 5. D. *eod;* l. 1. § 1. D. *ex quib. c. mai.* IV, 6.

Die *in integrum restitutio* setzt voraus, daß die rechtlichen Verhältnisse einer Person, in einer sie benachteiligenden Weise im Wege Rechtens geändert worden sind. Gegen solche Rechtsänderung gibt es, da sie Konsequenz des Rechtes ist, ordentlicher Weise keine Hilfe. Ausnahmsweise kann aber in einer solchen Konsequenz doch eine unbillige Härte liegen, da die Rechtssätze nur für den Durchschnitt der Fälle berechnet sind und mitunter das, was im allgemeinen der Sachlage entspricht, im einzelnen Falle doch eine Unbilligkeit enthalten kann, nach dem Satze: *summum ius, saepe summa iniuria.* In solchen Fällen half der Prätor kraft seines Imperiums außerordentlicher Weise dadurch, daß er durch die ihm zu Gebote stehenden jurisdiktionellen Mittel den früheren Rechtszustand wieder herstellte, mit a. W. die benachteiligte Partei *in integrum* restituierte. Ein Beispiel solcher Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist folgendes: *A* ist Eigentümer einer Sache, die sich im Usukapionsbesitz des *B* befindet. Zur Vollendung der Usukapion des Letzteren fehlen noch wenige Tage. Nun muß *A rei publicae causa* verreisen und kann daher während dieser Zeit seine *rei vindicatio* nicht anstellen. Bei seiner Rückkehr hat *B* die Usukapion schon vollendet, ist somit bereits Eigentümer, so daß *A* um sein Eigentum gekommen ist und die Sache nicht mehr vindizieren kann. Der Rechtsverlust, der ihn so trifft, ist eine Folge der Usukapionsgrundsätze, enthält aber hier gegen den *A* insofern eine Härte, als dieser ohne seine Schuld sein Recht nicht zu wahren vermochte. Hier hilft der Prätor dadurch, daß er den *A* im Wege der *in integrum restitutio* so zur Klage zuläßt, als wenn *B* die Sache nicht usukapiert hätte. Die Klage, welche er in diesem Falle dem *A* gibt, ist nicht seine alte *rei vindicatio,* diese hat er mit dem Eigentum durch die Usukapion des *B* verloren, sondern eine prätorische der *rei vindicatio* analoge *actio ficticia,* durch welche der Richter angewiesen wird, den Fall so zu behandeln: *ac si res usucapta non esset (actio rescissoria).* Ein weiteres Beispiel ist folgendes: Bekanntlich ist der *pubes minor* ganz handlungsfähig, obwohl er seines jugendlichen Alters

wegen noch nicht die erforderliche Überlegung und Geschäftserfahrung hat. Schließt er daher in noch so leichtsinniger Weise ein ihm nachteiliges Verpflichtungsgeschäft oder nimmt er einen andern ihm nachteiligen Rechtsakt vor, so ist das Alles giltig. Tritt er z. B. in leichtsinniger Weise eine überschuldete Erbschaft an, so wird er dadurch Erbe und haftet für die Erbschaftsschulden in ihrem ganzen Umfang. Auch das ist eine Konsequenz des Rechtes, welche wieder vom Standpunkt einer höheren Gerechtigkeit aus dem Minderjährigen gegenüber ein Unrecht enthält, da sie nur darin ihren Grund hat, daß das *ius civile* die Unerfahrenheit des Minderjährigen insofern ignoriert, als es ihr keinen Einfluß auf seine Geschäftsfähigkeit gibt. Deshalb tritt hier wieder der Prätor ein und hilft gegen diese Rechtsfolgen dadurch, daß er durch jurisdiktionelle Mittel den früheren Rechtszustand wieder herstellt, d. h. den Fall so behandelt, als wenn der Minderjährige die Erbschaft nicht angetreten hätte.

Diese als *in integrum restitutio* bezeichnete Hilfe ist eine bloß subsidiäre, denn sie tritt der Regel nach nur dort ein, wo nicht schon das Recht selbst gegen einen Rechtsnachteil ständige Hilfe gibt. Da sie ferner auf eine Korrektur des regelmäßigen Rechtes für einen einzelnen Fall hinausgeht, ist sie auch ein außerordentliches Rechtsmittel und wird nur dann gewährt, wenn sie durch die Umstände, welche die nachteilige Rechtswirkung herbeigeführt haben, gerechtfertigt wird, oder mit a. W., wenn eine *iusta causa in integrum restitutionis* vorliegt. Die Kognition darüber ist Sache des Magistrats, welcher *extra ordinem* nach vorangegangener *causae cognitio* durch Dekret über das Restitutionsbegehren der benachteiligten Partei entscheidet und wenn er demselben stattgibt, zugleich näher bestimmt, in welcher Weise die Restitution erteilt wird. Mit diesem sog. *iudicium rescindens* der Neueren ist das Restitutionsverfahren abgeschlossen, hiemit ist *in integrum* restituiert. Besteht die Restitution wie gewöhnlich darin, daß dem Restitutionswerber eine verlorene Klage in obiger Weise wiedergegeben wird, so folgt darauf die gerichtliche Durchführung dieser Klage im sog., *iudicium rescissorium*. Betreffs dessen ist nur zu bemerken, daß es gar nicht mehr zum Restitutionsverfahren gehört, es ist nur die Durchführung der restituierten Klage im Wege des Zivilprozesses.

Wir unterscheiden zwei Hauptfälle der *in integrum restitutio:*

1. Die *in integrum restitutio minorum XXV annis*. War ein Minderjähriger beim Geschäftsschluß dolos übervorteilt worden, so traten die Rechtsfolgen der *lex Plaetoria* (§ 36) ein. Ein Prätor ging weiter und gab dem Minderjährigen überhaupt gegen jede nachteilige Rechtsänderung, die in seiner Minderjährigkeit ihren Grund hat, eine *in integrum restitutio*. Diese bezog man später nicht bloß auf solche Fälle, in denen der Minderjährige wie in obigem Beispiel zufolge seiner Unerfahrenheit Schaden nahm, sondern auch auf solche ihm nachteilige Geschäfte, welche er unter Mitwirkung seines Vormundes *(auctoritas tutoris, consensus curatoris)*, oder welche

dieser für ihn als Stellvertreter geschlossen hat. Dadurch erlangte diese Restitution eine Ausdehnung, die, wie Paulus erwähnt, für den Minderjährigen die Gefahr der Kreditunfähigkeit herbeiführen kann.

2. Die *in integrum restitutio maiorum XXV annis.* Während der Minderjährige, schon seiner Minderjährigkeit wegen, ohne Anführung eines anderen Grundes restituiert wird, erlangt der Großjährige die *in integrum restitutio* immer nur aus einem besonderen Grunde. Der wichtigste Restitutionsgrund in klassischer Zeit war die *absentia,* welcher voraussetzt, daß der Restitutionswerber durch Abwesenheit oder durch anderweitige Hinderung einen Rechtsnachteil erlitten hat. War dieser Nachteil wie im obigen Beispiel (S. 392) eine Folge seiner Abwesenheit, so wurde ihm Restitution nur dann erteilt, wenn seine Abwesenheit eine gerechtfertigte war, insbesondere wenn sie in Kriegsgefangenschaft oder Staatsgeschäften ihren Grund hatte. War dagegen die nachteilige Rechtsänderung durch Abwesenheit oder sonstige Unzugänglichkeit des Gegners herbeigeführt, so kam es nur darauf an, daß dieser keinen Vertreter zurückgelassen hatte, gegen den der Restitutionswerber seinerzeit sein Recht hätte geltend machen können. Der Abwesenheit wurden im weiteren Verlauf auch andere Hinderungsfälle (z. B. Überschwemmung u. a.) gleichgestellt. Außer wegen *absentia* konnten Großjährige wegen *dolus, metus* und *error* restituiert werden. *Capitis deminutio* ist schon in klassischer Zeit als Restitutionsgrund weggefallen, da der Prätor gegen die dadurch herbeigeführten Rechtsnachteile eine ständige Rechtshilfe gewährte (§§ 34, 109, 115).

Die *in integrum restitutio* muß im klassischen Recht innerhalb eines *annus utilis,* im Justinianischen Recht während eines *quadriennium continuum,* erwirkt werden. Handelt es sich um Restitution wegen Minderjährigkeit, so beginnt das *quadriennium* mit Eintritt der Großjährigkeit, handelt es sich um Restitution wegen *absentia* mit Wegfall des Hindernisses usw. Gegen Ablauf der dreißig- oder vierzigjährigen Verjährung sowie gegen die nachteiligen Folgen des eigenen *dolus* findet keine Restitution statt.

Sachregister.

(Die Ziffern bezeichnen die Seiten.)

Abdicatio tutoris 264.
Acceptilatio 217.
Accessio possessionis 86, 109.
Accrescenz 328.
Accusatio suspecti 263.
Actio 357.
— *ad supplendam legitimam* 316.
— *aquae pluviae arcendae* 117.
— *auctoritatis* 175.
— *Calvisiana* 319.
— *commodati* 169.
— *communi dividundo* 106, 185.
— *conducti* 177.
— *de aestimato* 171.
— *de certa credita pecunia* 145.
— *de deiectis et effusis* 202.
— *de pauperie* 210.
— *de peculio et de in rem verso* 204.
— *de pecunia constituta* 188.
— *depensi* 162.
— *depositi* 170.
— *de posito et suspenso* 202.
— *de sepulcro violato* 75.
— *de tigno iuncto* 96.
— *de eo quod certo loco* 215.
— *doli* 201.
— *empti* 174.
— *exercitoria* 206.
— *ex stipulatu* 241.
— *ex testamento* 339.
— *Fabiana* 319.
— *familiae erciscundae* 106, 326.
— *fiduciae* 132.
— *finium regundorum* 116.
— *furti* 193.
— *furti adversus nautas* 202.
— *furti concepti — oblati — prohibiti* 194.
— *hypothecaria* 134.
— *incerti* 145.
— *in factum civilis* 171.
— *iniuriarum* 200.
— *in rem confessoria* 127.
— *in rem confessoria utilis* 127.
— *in rem de superficie* 128.
— *in rem hypothecaria* 134.
— *in rem negatoria* 113.
— *in rem Publiciana* 114.
— *in rem rectigalis* 129.
— *institoria* 206.
Actio institutoria 164.
— *iudicati* 360.
— *legis Aquiliae* 198.
— *locati* 178.
— *mandati* 183.
— *negotiorum gestorum* 184.
— *operarum* 53.
— *pigneraticia* 170.
— *praescriptis verbis* 171.
— *pro socio* 180.
— *quanti minoris* 176.
— *quod iussu* 203.
— *rationibus distrahendis* 263.
— *recepticia* 190.
— *redhibitoria* 176.
— *rei uxoriae* 239.
— *rerum amotarum* 236.
— *Serviana* 134.
— *Serviana utilis* 134.
— *suppletoria* 316.
— *tributoria* 206.
— *tutelae* 263.
— *utilis* des Cessionars 213.
— *venditi* 174.
— *vi bonorum raptorum* 195.
Actiones adiecticiae qualitatis 203.
— *aedilitiae* 176.
— *arbitrariae* 367.
— *bonae fidei — stricti iuris* 145.
— *civiles* 358.
— *directae* und *contrariae* 153.
— *duplices — simplices* 375.
— *ficticiae* 368.
— *honorariae* 358.
— *in factum* 369.
— *in ius conceptae* 369.
— *in personam* 373.
— *in rem* 373.
— *legitimae* 358.
— *mixtae* 192.
— *noxales* 208.
— *perpetuae — temporales* 387.
— *poenales* 192.
— *populares* 375.
— *praetoriae* 358.
— *rei persecutoriae* 192.
— *utiles* 372.
— *vindictam spirantes* 192.
Activdelegation 210.
Addictio bonorum libertatum conservandarum causa 336.
Aditio hereditatis 322.
Adiudicatio 105.
Administration des Tutors 262.
Administratores 73.
Adoptio im engeren Sinne 252.
Adoption 250.
Adoption, testamentarische 252.
Adoptio plena — minus plena 254.
Adpromissio 162.
Adquisitio per universitatem 93.
Adstipulatio 160.
Adulterium 244.
Adversaria 165.
Aedilis curulis 13, 176.
Aedilis plebis 12.
Aerarium 72.
Aestimatio dotis 239.
Aetas legitima 70.
Affectio maritalis 224.
— *societatis* 179.
Affinitas 59.
Afterpfand 137.
Agere cum compensatione 223.
— *cum deductione* 223.
Agnation 59.
Agnatio postumi 312.
Agnatus proximus 297.
Agnoscere bonorum possessionem 282.
Agri arcifinii 77.
— *divisi et assignati* 77.
— *limitati* 77.
Alienatio in fraudem patroni 319.
Alimentenstiftung 73.
Alluvion 96.
Alveus derelictus 96.
Amita 61.
Amtsgewalt, prätorische 14.
Amtsrecht 15.
Analogie 10.
Anatozimus 157.
Anfangstermin 40.
Anfechtbarkeit 42.
Animus possidendi 83.
Anniculus 250.
Annus utilis 44.
Anstalten 73.
Antichresis 139.
Appellation 360.
Apprehension 84.
Aquilius Gallus 218.

Argentarius 165, 223.
Arra 172.
Arrogation 251.
Assertor 50.
Aszendenten 57.
Auktor 45.
Auctoritas rei iudicatae 386.
— *tutoris* 69.
Aufhebung der Forderungsrechte 210.
Auflage 40.
Auflösung der Ehe 230, 233.
Auktor 45.
Auslegung 9.
Avulsio 96.
Avunculus 61.

Bedingung 38.
Begräbniskassen 73.
Bekker 314.
Beneficium abstinendi 273.
— *competentiae* 180.
— *divisionis* 163.
— *inventarii* 325.
— *iuris* 6.
— *ordinis* 163.
— *separationis* 324.
Berechtigung 5.
Berufung zur Erbfolge 269.
Beschränkungen der Vermächtnisse 346.
Besitz 81 fg,
Besitzerwerb 84.
Besitzesschutz 85.
Besitzverlust 85.
Betrug 36.
Bischöfe 73.
Bissextum 43.
Blödsinnige 70.
Bologna 1.
Bona adventicia 248.
— *castrensia vel quasi* 247.
— *fides* 108.
— *materna, materni generis* 248.
Bona *vacantia* 335.
Bonae fidei possessio 98.
Bonorum emptor 223.
— *possessio* 278.
— *possessio contra tabulas* 313.
— *possessio cum re — sine re* 283.
— *possessio decretalis* 282.
— *possessio edictalis* 282.
— *possessio intestati* 298.
— *possessio secundum tabulas* 282.
— *possessio unde cognati manumissoris* 307.
— *possessio unde familia patroni* 307.
— *possessio unde legitimi* 299.
Bonorum possessio unde liberi 298.
— *possessio unde patronus patroni* 307.
— *possessio unde cognati* 300.
— *possessio unde vir et uxor* 301.
Bote 41.
Bremer 22.
Breviarium Alarici 24.
Brunner 266.
Bruns 12 u. a.
Bürgschaft 179.

Caducorum vindicatio 331.
Caducum 331.
Capacitas 320.
Capitis deminutio 63.
Capito 20.
Captio der *virgo Vestalis* 64.
Captivitas 48.
Cardo 77.
Casus 148.
Cassius 20.
Cato 134.
Causa iusta 108.
Causae probatio 52, 249.
Cautio damni infecti 117.
Cautio de amplius non turbando 113.
— *usufructuaria* 122.
Cavere 19.
Celsus 20.
Chirographa 167.
Cicero 14.
Claudius Appius 19.
Clausula codicillaris 344.
— *Iuliani* 299.
Clausulae novae 14.
Codex accepti et expensi 165.
— *Gregorianus* 23.
— *Hermogenianus* 23.
— *iuris enucleati* 25.
— *Iustinianus* 25.
— *repetitae praelectionis* 27.
— *Theodosianus* 23.
— *vetus* 27.
Codicilli confirmati — non confirmati 344.
Coemptio 229.
Cognatio civilis 60.
— *naturalis* 56.
Cognatio servilis 48.
Cognitio extraordinaria 350.
Cognitor 211.
Collatio bonorum 299.
— *legum Mosaicarum et Romanarum* 22.
Collectio librorum iuris antei Iustinianei 22.
Collegiarius coniunctus 339.
Collegia 72.
Colonus 82, 177.
— *partiarius* 178.
Color insaniae 315.
Commercium 55, 62.
Commixtio 97.
Commodatum 169.
Communio incidens 185.
Compromissum 188.
Computatio civilis (ad dies) 43.
Computatio naturalis (a momento ad momentum) 43.
Concilia plebis 12.
Concursus duarum causarum lucrativarum 220.
Condemnatio 365.
Condicio 38.
— *in praesens — praeteritum collata* 39.
— *iuris* 39.
Condicionis implendae causa datum 356.
Condictio 145.
Condictio causa data causa non secuta 185.
— *furtiva* 195.
— *indebiti* 185.
— *mutui* 168.
— *ob iniustam causam* 186.
— *ob poenitentiam* 172.
— *ob turpem causam* 186.
— *sine causa* 186.
Condictiones sine causa 185.
Condominium 88.
Confarreatio 229.
Confusio 221.
Consanguinei 57.
Constitutio cordi nobis 27.
Constitutio Δέδωκεν 26.
— *Deo auctore* 25.
— *edictalis* 19.
— *generalis* 19.
— *Haec quae necessario* 25.
— *Imperatoriam maiestatem* 27.
— *personalis* 7.
— *principis* 16.
— *Pro petitione Vigilii* 28.
— *Summa reipublicae* 25.
— *Tanta* 26.
Constitutum 187.
— *possessorium* 84.
Consuetudo 22.
Consumtio existimationis 66.
Contractus pignoris 170.
Contrarius consensus 218.
Contravindicatio 361.
Contubernium 227.
Conubium 55, 62.
Conventio in manum 228.
Corpus iuris civilis 28.
— *pium* 73.
Cretio 274.
Culpa 146.
— *in abstracto — concreto* 147.

Culpa in faciendo — non faciendo 148.
— *lata* 147.
— *levis* 147.
Cura 266.
— *furiosi* 266.
— *minorum* 267.
— *prodigi* 266.
Curator ad actum (specialis) 70, 267.
— *generalis* 69, 267.

Damnum emergens 146.
— *infectum* 117.
— *iniuria datum* 196.
Danz 165.
Dare facere 143.
Darlehen 168.
Datio bonorum possessionis 282.
— *in solutum* 215.
— *ob causam* 186.
Decemviri 359.
Decimanus 77.
Decisiones quinquaginta 25.
Decretum D. Marci 356.
— *principis* 17.
Deductio servitutis 123.
Dejektion 87.
Delation der Erbschaft 271.
Delegatio debiti (Passivdelegation) 219.
— *nominis* (Aktivdelegation) 214.
Delikte 192.
Demelius 102.
Depositio des Schuldobjektes 216.
Depositum 170.
— *irregulare* 170.
— *miserabile* 170.
Dereliktion 94.
Deszendenten 303.
Desuetudo 8.
Detentor 82.
Dies 40.
— *a quo — ad quem* 40.
— *cedens legati vel fideicommissi* 348.
— *intercalaris* 43.
— *utiles* 44.
— *veniens legati vel fideicommissi* 348.
Diffarreatio 230.
Digesta 26.
Diktator 11.
Diligentia 148.
Disputatio fori 19.
Divortium 234.
Dolus 147.
Dominus negotii 41.
Donatio 190.
— *mortis causa* 354.
— *propter nuptias* 241.
Dorotheus 26.
Dos 237.
— *adventicia* 237.
Dos profecticia 237.
— *recepticia* 241.
Dotalobligation 239.
Dotis aestimatio 239.
— *constitutio* 238.
— *datio* 238.
— *dictio* 159, 238.
— *pollicitatio* 238.
— *promissio* 238.
Drohung 36.
Duo vel plures rei promittendi — vel plures rei stipulandi 151.
Duplicatio 382.

Edikt, ädilicisches 176.
Edicta magistratuum 13.
— *nova* 14.
— *principis* 17.
Edictum Claudii 54.
— *de feris* 210.
— *de legatis praestandis* 313.
— *perpetuum* 14, 15.
— *praetoris* 13.
— *repentinum* 14.
— *Theodorici* 24.
— *tralaticium* 14.
Ehefähigkeit 226.
Ehe 224.
Ehehindernisse 226.
Ehelosigkeit 243.
Ehe ohne Manus 231.
Ehescheidung 233.
Ehrenminderung 66.
Eigentum 79.
— an Provinzialgrundstücken 91.
—, bonitarisches 91.
— der Peregrinen 91.
—, quiritisches 91.
Eigentumsbeschränkungen 80.
Eigentumserwerbsarten 92.
Eigentumsklagen 112.
Eigentumsübertragungen 100.
Emanzipation 255.
Emblemata Triboniani 26.
Embryo 46.
Emphyteusis 129.
Emptio venditio 173.
Endtermin 40.
Enterbung 310.
Enterbungsgründe 317.
Epistola D. Hadriani 163.
Erbeseinsetzung 292.
Erbfähigkeit 320.
Erbfolge 267.
—, testamentarische 284.
Erbrecht 267.
Erbschaftsvermächtnisse 349.
Ereignung 33.
Ereptoria 337.
Erfüllung der Obligation 215.
Erfüllungsort 215.
Erfüllungszeit 215.
Erkenntnis des Rechtes 9.
Erlaßverträge 217.
Error 36.
Erroris causae probatio 250.
Ersitzung 107.
Erwerb der Erbschaft 320.
— der Erbschaft, Wirkung 322.
— der Vermächtnisse 348.
—, originärer, derivativer 44.
Eviktion 175.
Exceptio 375.
— *doli* 380.
Exceptio dominii 115.
— *legis Cinciae* 191.
— *legis Plaetoriae* 69.
— *libertatis exonerandae causa* 54.
— *mercis nondum traditae* 174.
— *ne praeiudicium hereditati fiat* 333.
— *non adimpleti contractus* 174.
— *pacti* 187.
— *rei iudicatae vel in iudicium deductae* 384.
— *rei venditae et traditae* 90, 113.
Exceptio S. C. Macedoniani 169.
— *S. C. Vellaeani* 164.
— *temporis* 390.
— *ususfructus* 112, 377.
— *vitiosae possessionis* 87.
Excusatio tutoris 261.
Exheredatio 310.
Expensilatio 166.
Expromissio 219.
Extraordinaria cognitio 350.

Fähigkeit 35.
Familia agnatorum 60.
Familiae emptor 287.
Familie des *ius civile* 59.
—, natürliche 56.
Familienfideikommiß 243.
Familienrecht 223.
Ferruminatio 96.
Fictio legis Corneliae 64.
Fictus possessor 112.
Fideikommiß 342.
Fideicommissaria hereditas 351.
Fideicommissi persecutio 344.
Fideiussio 162.
Fidepromissio 162.
Fiducia 131.
— *cum amico* 133.

Fiducia cum creditore 131.
Fiskus 72.
Flamen Dialis 64.
Flavius 19.
Foenus nauticum 169.
Forderungsrecht 141.
Formalgeschäft 37.
Formula 14, 364.
—, Hauptbestandteile 365.
Formularprozeß 364.
Fragmenta Vaticana 23.
Frater consanguineus 57.
— *germanus* 57.
Fraus 36.
Freie 47.
Freigeborene 49.
Freigelassene 49.
Freilassung 49.
Fruchterwerb 98.
Früchte 78.
Fructus pendentes, separati, naturales, civiles 78.
Fundus dotalis 238.
Furcht 36.
Furiosus 70.
Furtum 193.
— *manifestum* — *nec manifestum* 193.
— *rei, usus, possessionis* 193.

Gai institutionum commentarii 21.
Gaius 21.
Geburt 46, 48.
Gefahr beim Kauf 175.
Geisteskranke 70.
Geld 78, 97.
Gemeingebrauch 75.
Genehmigung 41.
Generalhypothek 137.
Gens 60.
Gentiles 60.
Genusschuld 143.
Geschäft formelles — formloses 37.
Geschwister 57.
Gesellschaftsvertrag 179.
Gesetz 7.
Gesetzbuch, allgemeines bürgerliches für die deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie 3.
—, bürgerliches für das deutsche Reich 3.
—, französisches 3.
— für das Königreich Sachsen 3.
Gesetzgebung Justinians 24.
Gestio pro herede 274.
Gewohnheitsrecht 7, 22.
Glossen 1.
Glossatoren 1.
Gothofredus 28.
Gradenwitz 171.
Gradus cognationum 59.
Großjährigkeitserklärung 70.
Güterrecht, eheliches 234.

Habere licere 174.
Habitatio 123.
Handlung, juristische 33.
—, konkludente 37.
—, unerlaubte 34.
Handlungsfähigkeit 68.
Handwerkerzünfte 72.
Hauptsachen 78.
Heredes domestici 272.
— *extranei* 274.
— *necessarii* 273.
— *sui* 272.
— *voluntarii* 274, 297.
Heredis institutio 292.
Hereditas 267.
— *iacens* 276.
Hereditatis petitio 332.
— *petitio fideicommissaria* 352.
— *petitio possessoria* 335.
— *Heres* 268.
Hofmann 69.
Honorarium 182.
Humanismus 2.
Huschke 22.
Hyperocha 140.
Hypotheca tacita 137.
Hypothek 135.

Jahr 43.
Impensae 113.
Implantatio 95.
Impuberes 68.
Inaedificatio 95.
Incapacitas 320.
In causa caduci 331.
Incestus 245.
Indignität 337.
Infamia 66.
Infantes 68.
Ingenuus 49.
In integrum restitutio 392.
— *iure cessio* 102.
— *iure cessio hereditatis* 326.
In iure cessio servitutis 123.
— *iure cessio tutelae* 266.
Iniuria 199.
Innominatkontrakte 171.
Institutionen 3.
Institutiones Iustiniani 27.
Insula in flumine nata 96.
Intentio 365.
Intercessio tacita 163.
Interdicta 382.
— *adipiscendae possessionis* 335.
— *recuperandae possessionis* 85.
— *rei familiaris causa* 382.
Interdicta retinendae possessionis 85.
Interdictum de aqua 128.
— *de clandestina possessione* 87.
— *de fonte* 128.
— *de glande legenda* 80.
— *de itinere* 127.
— *de liberis exhibendis et ducendis* 232, 246.
— *demolitorium* 117.
Interdictum de precario 87.
— *de superficie* 128.
— *de uxore ducenda* 233.
— *de vi* 87.
— *quorum bonorum* 334.
— *Salvianum* 134.
— *uti possidetis* 86.
— *utrubi* 86.
Interdikte, possessorische 85.
—, restitutorische, exhibitorische, prohibitorische 384.
Interdiktsprozeß 382.
Interpretation 9.
Interzession 163.
Intestaterbfolge 296.
— des Justinianischen Rechtes 301.
— des prätorischen Edikts 298.
— der XII Tafeln 296.
— nach einem *emancipatus* 307.
— nach einem Freigelassenen 306.
Intestatkodizille 344.
Invecta, illata et inducta 134, 137.
Irrtum 36.
Iudicium 359.
— *bonae fidei* 146.
— *duplex* 375.
— *legitimum* — *quod imperio continetur* 385.
— *stricti iuris* 146.
Julianus 15, 20.
Iura in re aliena 80.
Iurisdictio 359.
Iurisprudentia anteiustinianea 22.
Iuris possessor 127, 332.
Jurisprudenz, klassische 20.
Ius 23, 359.
— *annuli aurei* 54.
— *antiquum* 331.
— *civile* 30, 32.
— *cogens* 6.
— *cummune* 6.
— *controversum* 20.
— *edicendi* 13.
— *distrahendi* 138.
— *Flavianum* 14.
— *gentium* 30.
— *honorarium* 15, 32.

Ius impetrandi dominium 139.
— *Italicum* 77.
— *Latii* 55.
— *liberorum* 244.
Ius naturale 32.
— *offerendi* 140.
— *possessionis* 85.
— *possidendi* 82.
— *praetorium* 15, 32.
— *privatum* 5.
— *publicum* 5.
— *receptum* 20.
— *respondendi* 20.
— *scriptum — non scriptum* 22.
— *singulare* 6.
— *suffragii et honorum* 53.
— *vitae ac necis* 245.
Iusiurandum in litem 367.
Iusta causa possessionis 108.
— — *traditionis* 104.
Justinian 24.
Iustus titulus 108.

Kaduzität 328.
Kalender 42.
Kammergerichtsordnung 2.
Kanon 130.
Karlowa 165.
Kauf 173.
Kausa der Stipulation 158.
Kirchenrecht 5.
Klagenverjährung 387.
Klausel derogatorische 8.
Kodizill 344.
Kodizille, Form 346.
—, testamentarische 344.
König 11.
Kollateralen 57.
Kolonien, lateinische 55.
Kompensation 223.
Konkubinat 244.
Konkubinenkinder 244.
Konkurs 336.
Konfirmativtutel 260.
Konsensualkontrakte 172.
Konsul 11.
Kontrakte 153.
Konventionalstrafe 157.
Korrealität 150.
Korrealstipulation 160.
Kreditauftrag 183.
Krüger 22.
Kulpahaftung 148.
Kuriatkomitien 11.

Labeo 20.
Laesio enormis (ultra dimidium) 174.
Landrecht, badisches 3.
—, preußisches 3.
Latini Coloniarii 56.
— *Iuniani* 56.
Latium maius — minus 56.
Legalinterpretation 9.
Legalservituten 80.
Legate 338.
— und Fideikommisse, Ausgleichung 345.
— *dotis c. c.* 238.
Legatum partitionis 350.
— *per damnationem* 339.
— *per praeceptionem* 345.
— *per vindicationem* 338.
— *poenae nomine* 342.
— *post mortem heredis* 341.
— *sinendi modo* 340.
Leges 23.
— *datae* 12.
— *geminatae* 26.
— *Iuliae* 364.
— *rogatae* 12.
— *Romanae barbarorum* 24.
Legis actiones 360.
— *actio per manus iniectionem* 362.
— *actio per sacramentum* 361.
Legitimation 250.
Leist 153, 278.
Lenel 15.
Lex 11.
— *Aebutia* 14, 364.
— *Aelia Sentia* 51.
— *Anastasiana* 214.
— *Aquilia* 196.
— *Atilia* 261.
— *Atinia* 109.
— *Cincia* 191.
— *Claudia* 265.
— *coloniae Genetivae Iuliae* 13.
— *commissoria* 187.
— *Cornelia* 14, 200.
— *de imperio* 13, 17.
— *Falcidia* 347.
— *Fufia Caninia* 51.
— *Furia de sponsu* 162.
— — *testamentaria* 346.
— *generalis* 7.
— *Hortensia* 12.
— *Iulia de adulteriis* 244.
— — *de vi* 356.
— — *et Papia Pappaea* 12, 243.
— — *et Plautia* 109.
— — *et Titia* 261.
— — *municipalis* 66.
— *Iunia (Norbana)* 51.
— *Malacitana* 13.
— *Minicia* 233.
— *perfecta, imperfecta, minus quam perfecta* 12.
— *Plaetoria* 69.
— *Romana Burgundionum* 24.
— — *Wisigothorum* 24.
Lex Salpensana 13.
— *Scribonia* 125.
— *Vallia* 363.
— *Voconia* 347.
Libellus familiae 165.
Liberatio per aes et libram 217.
Liberi naturales 244.
Libertas fideicommissaria 50.
Libertinus 49.
Libertus 49.
— *civis Romanus* 52.
— *orcinus* 51, 54.
Linea ascendens — descendens 57.
— *recta* 57.
— *transversa* 57.
Linie, gerade 57.
Litiskontestation 368.
Litteralkontrakt 164.
Locatio conductio 177.
— — *operarum* 178.
— — *operis* 179.
— — *rerum* 177.
— *vectigalium* 179.
Locus purus 75.
— *religiosus* 75.
Lohn 177.
Longi temporis possessio 110.
Longissimi temporis possessio 111.
Lucrum cessans 146.
Luft 75.
Luftraum 77.
Lustrum 50.

Mängel der Sache 176.
Maior XXV annis 70.
Mancipatio 100.
— *familiae* 287.
— *servitutis* 123.
Mancipii causa 256.
Mancipium 256.
Mandat 182.
Mandata principium 18.
Mandatum agendi 212.
— *aliena gratia* 183.
— *mea gratia* 183.
— *mea et tua gratia* 183.
— *qualificatum* 183.
Mandatum tua gratia 183.
Manumissio 48.
— *in fraudem cred.* 52.
— *in fraudem patroni* 52, 319.
Manumissionsformen 49.
Manusehe (*manus mariti*) 228.
Manus fiduciae causa 231.
— *iniectio iudicati* 362.
— — *pro iudicato* 363.
— — *pura* 363.
Manzipationstestament 287.
Marcianus 23.
Matertera 61.

Matrimonium iuris gentium 226.
— *legitimum* 226.
Meer 75.
Meeresküste 75.
Mensis intercalaris 42.
Mentalreservation 38.
Mercedonius 42.
Metus 36.
Miete 177.
Minderjährige 68.
Missio in possessionem 137.
Mitbesitz 88.
Miteigentum 88.
Miterben 326.
Mitteis 156, 165, 12 u. a.
Modestinus 20.
Modus 40.
Mommsen 22.
Monat 43.
Mora creditoris (accipiendi) 150.
— *debitoris (solvendi)* 149.
Mores 22.
Mortis causa donatio 354.
— — *capio* 356.
Motive des Willens 36.
Mutuum 168.
Mutuus dissensus 218.
Nachbarrecht 80.
Nasciturus 46.
Nebenbestimmungen 38.
Nebensachen 78.
Negation 376.
Negotia bonae fidei, stricti iuris 146.
— *inter vivos* 35.
— *mortis causa* 35.
Negotiorum gestio 184.
Negotium claudicans 69.
Nerva 20.
Nexi liberatio 217.
Nexum 155.
Nichtigkeit 41.
Niemayer 165.
Nomen arcarium 166.
— *Latinum* 55.
— *transcripticium* 166.
Nominatores 263.
Non usus 126.
Notae des Paulus und Ulpian 26.
Noterbrecht des Patrons 318.
—, formelles 309.
—, materielles 314.
— nach der Nov. 115, 317.
Novae clausulae 14.
Novatio necessaria 385.
Novation 218.
Novellen 27.
Noxalklagen 208.
Nuncupatio 100.
— *testamenti* 288.
Obligatio civilis 144.
— *naturalis* 144.
— *praedium praediorumque* 164.
— *rei* 131.
Obligation, Gegenstand 143.
—, Wesen 141.
Obligationen, einseitige, gegenseitige 153.
—, Entstehungsgründe 152.
—, Rechtsschutz 144.
Okkupation 93.
Operae 53.
Operae locari solitae 178.
Operae servorum 123.
Operis novi nuntiatio 117.
Oratio des Severus und Caracalla 236.
— des Severus 262.
— *principis* 16.
Orbität 243.

Pacht 177.
Pacta 186.
— *adiecta* 187.
Pacta praetoria 187.
Pactum de contrahendo 168.
Pactum de non distrahendo 136.
Pactum de non petendo 221.
— *hypothecae* 137.
— *legitimum* 190.
Palingenesia 21.
Pandectae 26.
Pandekten 4.
Papianus 24.
Papinianus 20.
Paraferna 237.
Parens manumissor 307.
Pars pro indiviso 88.
Partes, sieben 26.
Partitio legata 350.
Partus ancillae 78.
Paterfamilias 62.
Patres, qui liberos habent 243, 331.
Patria potestas 245.
— *potetas*, Aufhebung 254.
— — Entstehung 249.
Patronat 53.
Patruus 61.
Pauli sententiae 21.
Paulus 20.
Peculium 246.
Peculium castrense, quasi-castrense 247.
Pecunia populi 76.
— *traiecticia* 169.
Pegasus 20.
Perzeption 99.
Peregrinen 13, 54.
Peregrinenjurisdiktion 13, 31.
Peregrini dediticii 53, 55.
Perpetuatio obligationis 150.
Person 46.
Personae alieni — sui iuris 62.
— *coniunctae* 313.
— *exceptae* 191, 321.
— *incertae* 292.
— *turpis* 67.
Personalservituten 121.
Person, juristische 71.
Personenrecht 46.
Pertinenz 78.
Petitio 374.
Petitio ususfructus 127.
Pfaff 69.
Pfandkontrakt 170.
Pfandrecht 131.
—, Begriff und Gesichte 131.
—, Entstehung 136.
—, Erlöschung 140.
—, gesetzliches 137.
—, obrigkeitliches 137.
—, vertragsmäßiges 137.
Pflichtteil 314.
Pflichtteilsrecht 314.
Pictura 96.
Pignus 133.
Pignus in causa iudicati saptum 137.
Pignus nominis 136
— *praetorium* 137.
Plebiscitum 12.
Plebs 12.
Pollicitatio dotis 238.
Pomponius 20.
Pontifex maximus 11, 19
Pontifices 19.
Portio debita 315.
Populus Romanus 11.
Possessio 81 fg.
Postliminium 64.
Postulare 67.
Postumi 312.
Potestas dominica 47.
— *patria* 245.
Praedia - Italica - provincialia 77.
— *rustica — urbana* 77.
Prädialservituten 120.
Praedium dominans — serviens 120.
Praeiudicium 65.
Praelegat 341.
Praescriptio 390.
Praestare 146.
Praestationes personales 185.
Präterition 311.
Prätor 13.
Praetor fideicommissarius 342.
— *peregrinus* 13.
Praetor tutelaris 261.
— *urbanus* 13.
Priesterkollegien 72.
Princeps 17.

Priorität 140.
Privatrecht 5.
Privilegium 6.
Pro herede possessor 332.
— *non scripto* 330.
Proculus 20.
Procurator 41.
— *in rem suam* 211.
Procuratores, kaiserliche 72.
Prodigus 70.
Prokulianer 20.
Promissio iurata 53.
Proprietas 79.
— *nuda* — *plena* 81.
Prozessualische Konsumtion 384.
Puberes 69.
Publicius 114.
Purgatio morae 150.
Putativtitel 108.

Quarta Divi Pii 252.
— *Falcidia* 347.
Quaestio status 65.
Quasibesitz 127.
Quasidelikte 201.
Quasikontrakte 184.
Quasiususfructus 122.
Querela inofficiosi testamenti 316.
— — *inofficiosae donationis v. dotis* 317.

Rapina 195.
Ratihabitio 41.
Ratio civilis 30, 32.
— *iuris* 6.
— *naturalis* 30, 32.
— *scripta* 32.
Realkontrakte 168.
Receptum arbitrii 188.
— *argentarii* 189.
— *nautarum, cauponum et stabulariorum* 189.
Recht 4.
—, absolutes 6.
—, dispositives 6.
—, im objektiven Sinn 5.
—, im subjektiven Sinn 5.
—, kaiserliches 1.
—, öffentliches 5.
Rechtsanalogie 10.
Rechtsbuch, syrisch-römisches 24.
Rechtserwerb, originärer derivativer 44.
Rechtsgeschäft 34.
Rechtsgeschichte 3.
Rechtskraft des Urteils 384.
Rechtsordnung 5.
Rechtsquellen 8, 11.
Rechtssammlungen 22.
Rechtsschutz 356.
Rechtswirkung 44.
Rechtswissenschaft 10, 19.
Regifugium 42.
Regula Catoniana 342.
Rei vindicatio 112.
Relationes 17.
Remancipatio 132, 258.
Renaissance 2.
Replicatio 381.
— *rei venditae et traditae* 113.
Repräsentationsrecht 303.
Repudiatio des Vermächtnisses 349.
— *hereditatis* 275.
Repudium 234.
Res 74.
— *corporales* — *incorporales* 74.
— *derelictae* 94.
— *divini* — *humani iuris* 74.
— *extra commercium* 76.
— *fiscales* 76.
— *fungibiles* — *infungibiles* 78.
— *furtivae* 109.
— *hostiles* 94.
— *in commercio* 76.
— *mancipi* — *nec mancipi* 76.
— *mobiles, sese moventes, immobiles* 77.
— *omnium communes* 75.
— *privatae* 76.
— *publicae* 76.
— *quae caelo terra mari capiuntur* 94.
— *quae usu consumuntur* 78.
— *religiosae* 75.
Res sacrae 74.
— *sanctae* 75.
— *vi possessae* 109.
Rescripta principum 17.
Rescriptum D. Marci 222.
Resolutivbedingung 39.
Respectus parentelae 227.
Responsa prudentium 20.
Responsensammlungen 20.
Restipulatio 383.
Restitutio natalium 54.
Rententiones ex dote 240.
Rententionsrecht 113.
Rezeption des römischen Rechtes 1 fg.
Richtertum, gelehrtes 2.
Rogatio 12.

Sabinianer 20.
Sabinus 20.
Sachen 74.
—, bewegliche — unbewegliche 77.
—, Einteilung 74.
Sachen, Haupt- und Nebensachen 78.
—, herrenlose 94.
—, teilbare — unteilbare 78.
—, verbrauchbare — unverbrauchbare 78.
—, vertretbare — unvertretbare 78.
Sachenrechte 79.
Sachau 24.
Sakralrecht 19.
Sacrorum detestatio 252.
Sanctio 12.
Schaltmonat 42.
Schalttag 43
Schatz 98.
Scheidebrief 234.
Scheidung 233.
Scheingeschäft 38.
Schenkung 190.
Schenkungs-Verbot zwischen Ehegatten 236.
Schoell 28.
Schöffengerichte 2.
Schulin 165, 315.
Schwägerschaft 59.
Scriptura 96.
Seitenverwandte 57.
Selbsthilfe 356.
Senat 15.
Senatusconsulta 15.
— *C. S. Claudianum* 49.
— *C. Iuventianum* 333.
— *C. Largianum* 308.
— *C. Macedonianum* 169
— *C. Neronianum* 341.
— *C. Orphitianum* 302
— *C. Pegasianum* 352.
— *C. Plancianum* 343.
— *C. Tertullianum* 302.
— *C. Trebellianum* 351.
— *C. Vellaeanum* 164.
Sententia 359.
Separation 98.
Servituten 118.
—, Entstehung 123.
—, Erlöschung 125.
—, Ersitzung 125.
Servitutenklage 127.
Servitutenverzicht 126.
Servitutes praediorum rusticorum 121.
— — *urbanorum* 121.
Servus poenae 49.
— *sine domino* 47.
Si iudex litem suam facit 201.
Simulation 38.
Singularsukzession 45.
Sklaven 47.
Sklaverei, Entstehung 48.
Sobrini 300.
Sobrino nati 300.
Societas 179.

Societas leonina 180.
— *publicanorum* 179.
Sodalitates 73.
Solarium 128.
Solidarität 150.
Solutio 215.
— *imaginaria* 216.
Solutionis causa adiectus 216.
Soror consanguinea 300.
Sorores germanae 57.
Speziesschuld 143.
Spezifikation 99.
Sponsalia 232.
Sponsio 153, 162.
Sponsionsverfahren 383.
Staatspächter 72.
Stadtgemeinden 72.
Stadtrecht v. Tarent 13.
Statuliber 50.
Status civitatis 54.
— *familiae* 56.
— *illaesae existimationis* 62.
— *libertatis* 47.
Stellvertretung 40.
Stiftungen 73.
Stipulatio Aquiliana 218.
— *de dote reddenda* 241.
— *duplae* 176.
Stipulation 156.
—, akzessorische 160.
Stipulationes emptae et venditae hereditatis 351.
— *partis et pro parte* 350.
Stipulationsurkunde 159.
Studemund 22.
Subpignus 137.
Substitution 293.
—, fideikommissarische 351.
Substitutio pupillaris 293.
— *quasi pupillaris* 294.
— *vulgaris* 293.
Successio in stirpes 303.
— *in usucapionem* 109.
Successio ordinum 301.
Sukzession 45.
Successorium edictum 301.
Superficies 128.
Supplicatio 17.
Suspensivbedingung 38.
Syrisch-römisches Rechtsbuch 24.
Syngrapha 167.

Tag 43.
Tatsachen, juristische 33.
Tausch 172.
Tempus continuum 44.
— *deliberandi* 323.
— *utile* 44.
Terminalia 42.
Testament 284.
—, Aufhebung 294.
—, Inhalt 292.
Testament, mündliches 289, 291.
—, prätorisches 289.
—, schriftliches 289, 291.
Testamentifactio 285.
— *activa* 285.
— *passiva* 292.
Testamentsformen 286.
Testamentum apud acta 291.
— *destitutum* 295.
— *in comitiis calatis* 286.
— *in officiosum* 314.
— *in procinctu* 286.
— *in scriptis* 289.
— *irritum* 295.
— *militis* 295.
— *nuncupativum* 289.
— *per aes et libram* 287.
— *principi oblatum* 291.
— *publicum* 291.
— *ruptum* 312.
— *ruri conditum* 291.
— *tempore pestis conditum* 291.
Testierfähigkeit 285.
Texteskritik 9.
Textura 96.
Thesaurus 95.
Theophilus 26.
Tiberius Coruncanius 19.
Titulus iustus 108.
— *pro adiudicato, derelicto, donato, dote, emptore, legato, soluto* 108.
— *putativus* 108.
— *verus* 108.
Traditio brevi manu 84.
Tradition 84, 103.
Transcriptio 166.
Transmissio ex capite in integrum restitutionis 328.
— *Iustinianea* 328.
Transmission 326.
Tribonian 25.
Tribunus plebis 12.
Tributkomitien 11.
Trinoctium 225.
Turpitudo 67.
Tutela 259.
— *impuberum* 260.
— —, Berufung 260.
— —, Endigung 263.
— Führung 261.
— *mulierum* 264.
Tutur cessicius 266.
— *gerens* 262.
Tutor honorarius 262.
Tutoris optio 264.

Übertragung der Forderungsrechte 210.
Ulpian 21.
Ulpiani fragmenta 21.
— *liber singularis regularum* 21.
Unde cognati manumissoris 307.
— *decem personae* 307.
— *familia patroni* 307.
— *legitimi* 299.
— *liberi* 298.
— *patronus patroni* 307.
— *cognati* 300.
— *vir et uxor* 301.
Unfreie 47.
Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte 41.
Universalfideikommiß 351.
Universalsukzession 45, 268.
Universitas 45.
— *personarum* 71.
Universitates rerum distantium 74.
Unmöglichkeit 143, 220.
Unteilbare Obligation 152.
Urteil 359.
Usualinterpretation 9.
Usucapio 108.
— *libertatis* 126.
— *pro herede* 275
Usurae 157.
Usurceptio 132.
Usurpatio 109.
Usus 122, 230.
— *publicus* 76.
Ususfructus 121.
— *legalis* 125.
Uterini 57.

Vacatio legis 12.
Vectigal 129.
Venditio bonorum 336.
Venia aetatis 70.
Verbalkontrakt 156.
Verbindung 95.
Verborum obligatio 158.
Vereine 72.
Verfahren *in iudicio* 359.
Verfahren *in iure* 359.
Verkauf *trans Tiberim* 49.
Verlöbnis 232.
Verlust der Freiheit 48.
Vermächtnisse 338.
Vermächtnisse Beschränkung 346.
Vermächtnisse Erwerb 348.
Vermischung 95.
Vermutung 58.
Verschulden 146.
Verschwender 70.
Vertrag 34.
Verwandtschaft 56.
—, uneheliche 58.
Verwandtschaftsgrade 59.
Verzug 146.
Vidua inops 305.

Vindex 362.
Vindicatio bonorum 335.
Vindicatio in libertatem — — *servitutem* 65.
Vindicatio pignoris 138.
Vindicta 49.
Virgo Vestalis 64.
Vis absoluta, compulsiva 36.
Vis maior 189.
Vitia possessionis 86.
Voconiana ratio 298.
Voigt 165.
Volksgesetze 11.
Vollmacht 41.
Vormundschaft 258.

Wahnsinnige 70.
Wasserservituten 121.
Wegservituten 121.
Wenger 360.
Wiederverheiratung 234.
Wille 35.
Willensäußerung 37.
Willensbetätigung 37.
Willenserklärung, ausdrückliche — stillschweigende 37.
Willenserklärung, formelle — formlose 37.
Willensfähigkeit 35.
Witwe, arme 305.
Wlassak 364.

Zahlung 215.
Zeit 42.
Zeitbestimmung 40.
Zeiträume 43.
Zentumviralgericht 314, 359.
Zenturiatkomitien 11.
Zerlegung von Sachen 97.
Zession 214.
Zinsen 157.
Zitiergesetz 21.
Zitierweise 28.
Zivilgeschworene 359.
Zivilprozeß 360.
Zölibat 243.
Zufall 148.
Zwang 36.
Zwölftafelgesetz 12.

Abkürzungen.

Bruns = *Bruns fontes iuris Romani antiqui. Editio VII. edidit Otto Gradenwitz. 1909.*
Cato *d. re rust.* = *Cato de re rustica.*
Festus = *de verborum significatu.*
Frag. Dos. = *Fragmentum veteris Jurisconsulti de iuris partibus et de manumissionibus.*
Frag. Vat. = *Fragmenta Vaticana.*
Gai. = *Gai institutionum commentarii quattuor.*
Gell. *noct. att.* = *Gellius noctium Atticarum libri XX.*
Paul *sent.* = *Pauli sententiarum libri quinque ad filium.*
Teoph. = *Theophili paraphrasis graeca institutionum.*
Ulp. = *Ulpiani liber singularis regularum (Ulpiani fragmenta).*
Varro *de L. L.* = *Varro de lingua Latina.*
Aegypt. Urk. = *Aegyptische Urkunden aus den k. Museen zu Berlin. Griechische Urkunden, Berlin 1892. fg.*
ex I. Q. = *ex iure Quiritium.*
q. d. r. a. = *qua de re agitur.*
s. n. p. a. = *si non paret absolve.*
A^{s} A^{l} = *Aulus Agerius.*
N^{m} N^{r} = *Numerius Negidius*

UNIVERSITY OF ILLINOIS-URBANA
3 0112 070734915